Die Fischereirechte und die Anlagen der Wasseranlieger in Wasserläufen erster Ordnung im Gebiete des preußischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Wolfgang Aretin Eggert

Gerichtsassessor aus Potsdam.

Quakenbrück.

Druck: Handelsdruckerei C. Trute,

1933

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schott.

Seiner Exzellenz dem Staatsminister,
Präsidenten des Preußischen Oberverwaltungsgerichts,
Professor Dr. Bill Drews
in Verehrung gewidmet.

Plan.

	Seite
I. Fragestellung	1
II. Die gesetzlichen Grundlagen der Fischereirechte	2
A. § 382 WG., § 8 Abs. 1 FG.	2
B. §§ 8 Abs. 3, 20 FG.	3
C. § 11, 19—23 FG.	3
D. Art. 69 EG. BGB. Art. 89 Pr. AG. z. BGB.	3
E. Die Parteifähigkeit der Fischerinnungen	4
III. Die Rechte der Anlieger	8
A. § 333 WG.	8
B. Durch Rechtsgeschäfte erworbene Rechte	11
1. dingliche Rechte	11
2. obligatorische Rechte	11
3. widerrufliche Erlaubnis	12
C. §§ 46 ff. WG.	15
D. alte titulierte Rechte	16
E. Beschränkungen durch die §§ 19—24 WG.	17
F. Gemeingebrauch	18
1. Vergleich aus dem Wegerecht	18
2. Wasserrecht	19
IV. Das Verhältnis der Fischereirechte zu den Rechten der Anlieger	23
A. § 333 WG.	23
1. Die Schädigung	23
2. Ist der Anlieger berechtigt?	23
3. Ist der Eigentümer berechtigt?	24
4. Einschränkungen des Eigentums nach dem WG.	24
5. Hat der Eigentümer zugunsten der Fischerei-Berechtigten sich seiner Rechte begeben?	26

6. Rechtszustand zurzeit der Entstehung der Fischereirechte 27
7. Inhalt der Fischereirechte 30
a) der wörtliche Inhalt der Urkunden 31
b) der Sinn der Erklärung 32
c) das Ergebnis 34
8. Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage . . . 34
9. Standpunkt des ALR. 37
10. Wirtschaftliche Beurteilung des Ergebnisses . . . 41
a) die Schutzvorschriften für die Fischerei 41
b) die Ausgleichung 41
11. Die Fischerei-Berechtigten haben keine Ansprüche nach § 823 BGB. und § 18 FG. 45
B. Durch Rechtsgeschäft erworbene Rechte 45
C. §§ 46 ff. WG. 46
D. alte titulierte Rechte 46
E. Zusammenfassung 46

I. Einleitung.

Mit der ständig steigenden Entwicklung des Wassersportes hat auch die Zahl der in den Wasserläufen errichteten Anlagen zugenommen. Auf vielen Ufergrundstücken, die bis dahin nur landwirtschaftlichen Zwecken dienten, sind in den letzten Jahren Villen und Wochenendhäuser gebaut und vor diesen Grundstücken in den Wasserläufen Bojen, Pfähle, Stege, Treppen, Brücken, Boots- und Badehäuser und andere Anlagen errichtet worden. Durch diese Entwicklung hat die Frage, in welchem rechtlichen Verhältnis diese Anlagen zu den Fischereirechten stehen, eine große praktische Bedeutung erlangt. Denn die Fischereiberechtigten sehen in derartigen Anlagen eine Schädigung ihrer Rechte und verlangen Beseitigung derselben oder Schadensersatz (vergl. Jacobi, von den Anlagen im Wasserlauf). Es soll daher im folgenden untersucht werden, ob die Fischereiberechtigten hierzu berechtigt sind. Die Untersuchungen sollen sich nicht auf die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung, bei denen in der Regel das Eigentum an den Wasserläufen den Eigentümern der Ufergrundstücke zur Hälfte zusteht (§ 8 WG.), und nicht auf die außerpreußischen Gewässer erstrecken, sie werden vielmehr auf die preußischen Wasserläufe erster Ordnung beschränkt.

In drei Hauptteilen sollen die Fischereirechte (II.), die Rechte der Anlieger (III.) und sodann deren Verhältnis zueinander (IV.) behandelt werden.

II. Die gesetzlichen Grundlagen der Fischereirechte.

Obwohl die Frage der Rechtsnormen und des Inhalts der Fischereirechte eng miteinander zusammenhängen, soll in diesem Abschnitt nur dargelegt werden, auf Grund welcher Bestimmungen die Fischereirechte aufrecht erhalten worden sind. Die Frage nach dem Umfang der Fischereirechte wird zweckmäßigerweise erst im IV. Hauptteil im Hinblick auf das Verhältnis zu den Rechten der Anlieger untersucht.

Vorweg sei festgestellt, daß im folgenden ein Unterschied zwischen den Worten „Fischereirecht", „Fischereiberechtigung" und „Fischereigerechtigkeit", wie ihn Bestehorn (Archiv für Fischereigeschichte, Heft 1, S. 17 ff.) für subjektiv persönliche und subjektiv dingliche Rechte einführen will, nicht gemacht wird. Eine solche Unterscheidung ist vielleicht vom philologischen Standpunkt aus berechtigt. Für das juristische Verständnis ist es klarer, jeweils die entsprechende Bezeichnung hinzuzufügen, wenn das Recht nicht in seinem umfassendsten Sinne gemeint ist.

A. Sowohl das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 in § 382 als auch das Fischereigesetz vom 11. Mai 1916 in § 8 regeln das Bestehenbleiben früherer Fischereirechte. § 382 WG. gilt jedoch nur noch im Rahmen des § 8 FG., denn das spätere Gesetz, das Fischereigesetz, hat das frühere, das Wassergesetz aufgehoben, soweit es nicht übereinstimmt. Die §§ 6 und 7 FG. bestimmen, daß an den eigentumslosen Küstengewässern jeder Deutsche freien Fischfang und an den übrigen Küstengewässern und an den Binnengewässern grundsätzlich der Eigentümer des Wasserlaufs das Fischereirecht hat. Hierauf nimmt § 8 Abs. 1 FG. Bezug und bestimmt:

> Gegenüber den §§ 6, 7 bleiben alle Fischereirechte und der freie Fischfang aufrecht erhalten, soweit sie am 30. April 1914 bestanden haben.

Da das Wassergesetz am 1. Mai 1914 in Kraft getreten ist (vergl. königl. Verordnung vom 13. April 1914 GS. S. 64 — nur die die Einteilung der Wasserläufe betreffenden §§ sind später wirksam geworden —), bleiben die Fischereirechte so, wie sie v o r dem Wassergesetz bestanden, aufrecht erhalten. Die in § 382 WG. genann-

ten Voraussetzungen, ein besonderer Titel und die Einschränkungen „unbeschadet der Bestimmung des Wasserlaufs für die Vorflut und bei Wasserläufen erster Ordnung auch für die Schiffahrt“ kommen also nicht in Betracht. Nach § 8 FG. kommt es nur darauf an, ob und wie weit die Fischereirechte am 30. April 1914 bestanden haben.

B. Da der Beweis des Bestehens der Fischereirechte oft schwer zu führen ist, stellt das Fischereigesetz im § 8 Abs. 2 eine Rechtsvermutung auf. Danach steht ein Fischereirecht demjenigen zu, der es bis zum 1. Mai 1914 mindestens 30 Jahre lang als sein eigenes ausgeübt hat. Die Vorschriften des § 937, Abs. 2 und der §§ 938, 943, 944 BGB. werden sinngemäß für anwendbar erklärt, trotzdem es sich hier nicht um eine Ersitzung handelt.

Die Vermutung gilt allerdings nicht für beschränkte Fischereirechte (§ 8 Abs. 3, 20 FG.). Der Gesetzgeber hat an deren Aufrechterhaltung kein Interesse, sondern fördert im Gegenteil deren Erlöschen nach Möglichkeit (§ 20 FG.). Denn die beschränkt Fischereiberechtigten, die entweder nur bestimmte Fische, mit bestimmten Fanggeräten, für den häuslichen Gebrauch und auf bestimmte Zeit fischen dürfen, oder nur zugleich mit anderen zur Ausübung der Fischerei berechtigt sind (Koppel-Fischer), haben kein Interesse an der gedeihlichen Entwicklung der Gesamtfischerei und werden daher als „Kulturfeindlich“ angesehen (vergl. Delius, das Fischereigesetz § 20, 1 und Müller, die Koppelfischerei I § 5).

C. Bei den Fischereirechten, die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustanden, ist zu beachten, daß diese nach § 11 FG. mit dem Ablauf von 10 Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes erlöschen, wenn die Eintragung ins Wasserbuch nicht vorher beantragt worden ist oder die Rechte bereits im Grundbuch eingetragen waren. Da das Fischereigesetz am 15. April 1917 in Kraft getreten ist, (§ 135 FG., königl. Verordnung vom 27. März 1917 GS. S. 50), ist dieser Zeitpunkt der 14. April 1927 (vergl. von Bitter S. 537).

Schließlich müssen bei Fischereirechten, die nach dem Inkrafttreten des Fischereigesetzes (dem 15. April 1917) auf andere übertragen worden sind, die besonderen Bestimmungen der §§ 19—23 FG. befolgt worden sein.

D. Bis zum 30. April 1914 unterlag das Fischereirecht, abgesehen von dem Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 (GS. S. 197) und einzelnen Fischereiordnungen, insbesondere der Regelung durch das Allgemeine Landrecht. Denn nach Artikel 69 des EG. zum BGB. sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fischerei durch das BGB. unberührt geblieben. Artikel 89 des preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB. vom 20. September 1899 hat daraufhin die das Fischereirecht betreffenden Vorschriften des Allgemeinen Landrechts aufrecht erhalten. Mit dem Inhalt dieser Vorschriften werden wir uns im IV. Teil beschäftigen (IV. A. 9).

E. Da die Fischereirechte meistens von den Fischerinnungen geltend gemacht werden, soll die Frage nach deren Parteifähigkeit hier kurz erörtert werden.

Die Parteifähigkeit setzt gem. § 50 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich die Rechtsfähigkeit voraus. Diese ist nach preußischem Recht zu beurteilen. Denn die Reichsgewerbeordnung von 1869 findet gem. § 6 derselben auf die Fischerei und damit auch auf die Fischereiinnungen keine Anwendung (übereinstimmend: OVG. 12, 348 und Landmann, Komm. z. G. O. § 6 Anm. 3, ebenso Eckstein in Mitteilungen der Fischereivereine 1931 S. 108 und die dort abgedruckte Aeußerung des Ministers für Landwirtschaft, Domänen und Forsten vom 8. 4. 29). Vielmehr ist die preußische Gewerbeordnung von 1845 in so weit unberührt geblieben (RG. Gruch. 49, 645). Die preußische Gewerbeordnung unterscheidet zwischen „neuen" und „älteren" Innungen. Die „neuen" Innungen erlangen durch die Bestätigung ihrer Statuten die Rechte einer Korporation (§ 101 Abs. 2 Pr. G. O.). Für diese Bestätigung waren ursprünglich gem. § 105 Pr. G. O. die Ministerien, sodann nach § 7 des Gesetzes betr. einige Abänderungen der Gewerbeordnung vom 15. Mai 1854 (GS. S. 264) die Regierungen und schließlich gem. § 18 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 die Regierungspräsidenten zuständig. Die „älteren" Innungen, d. h. alle zurzeit des Inkrafttretens der preußischen Gewerbeordnung von 1845 bestehenden Korporationen von Gewerbetreibenden, bleiben bestehen (§ 94 Abs. 1 Satz 1 Pr. G. O.). Sie sollen allerdings einer Revision unterzogen und den für die neuen Innungen gegebenen Vorschriften der §§ 101 ff. Pr. G. O. angeglichen werden. Daß auf die nach diesen Vorschriften revidierten Innungen die bereits erwähnte Bestimmung des § 101 Abs. 2 Pr. G. O. anzuwenden wäre und daher aus der Revision allein die Rechtfähigkeit der betreffenden Innung herzuleiten wäre, kann nicht angenommen werden. Denn diese Bestimmung gilt nach ihrem Wortlaut ausdrücklich nur für die „neuen" Innungen.

Welche Innungen als „zur Zeit gesetzlich bestehende Korporationen" anzusehen sind, richtet sich nach dem Allgemeinen Landrecht. Gemäß § 25 II. 6 ALR. kommen die Rechte der Korporationen nur solchen vom Staat genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden haben. Diese Vorschrift gilt sowohl für die unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts, als auch für die vor dessen Einführung genehmigten Gesellschaften (Strieth. Arch. 41, 193). Ob der von der Gesellschaft verfolgte Zweck ein fortdauernd gemeinnütziger ist, darüber zu entscheiden ist zwar zunächst Sache der genehmigenden Behörde (Str. Arch. 25, 305). Trotzdem ist diese Voraussetzung jeweils vom Gericht neben dem Erfordernis der Genehmigung zu prüfen. Denn die Landesherrliche Bestätigung der Statuten einer Gesellschaft verleiht dieser noch keine Korporationsrechte, sondern nur die Eigenschaft

einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen, privilegierten Gesellschaft (§§ 22—24 II. 6 ALR.). Wenn der gemeinnützige Zweck nicht fortdauert, kann also die juristische Persönlichkeit wieder verloren gehen (Str. Arch. 78,66 und Rehbein Anm. 82 zu § 25 II 6). Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Innungen, auch Zünfte oder Gilden genannt, in früherer Zeit dem ständischen Aufbau entsprechend einen wesentlichen Teil der deutschen Städteverfassungen bildeten (vergl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. V. S. 463 f.). Aus diesem Grunde wird eine Innung, die zwar in erster Linie dem Interesse ihrer Mitglieder dient, vielfach dabei die Aufgabe gehabt haben, dem Staate Dienste zu leisten, und daher einen gemeinnützigen Zweck verfolgt haben (Str. Arch. 41,193).

Wird der gemeinnützige Zweck verneint, so muß untersucht werden, ob der Gesellschaft etwa ausdrücklich Korporationsrechte verliehen worden sind. Dies ist hauptsächlich nach dem Inhalte der ihr erteilten Privilegien (§ 22 II 6 ALR.) nach den bei ihrer Errichtung geschlossenen Verträgen, Stiftungsbriefen, Konzessionen oder nach den auch in der Folge unter Genehmigung des Staates abgefaßten Schlüssen (§ 26 II 6 ALR.) zu beurteilen. Sind einer Gesellschaft ausdrücklich Korporationsrechte, die Rechte einer juristischen oder moralischen Person und dergl. verliehen worden, so bedarf es also keiner Untersuchung des gemeinnützigen Zwecks (so auch ROHG. 17, 82).

Aber auch für die Zünfte, zu denen die Fischereiinnungen gehören, sind wir dieser Untersuchung überhoben. Denn § 191 II 8 ALR. bestimmt:

> Die Zünfte haben, gleich der ganzen städtischen Gemeine, zu welcher sie gehören, die Rechte privilegierter Korporationen.

Die Zünfte sind also ohne weiteres rechtsfähig. Voraussetzung ist bloß, daß sie ihr Bestehen als privilegierte Gesellschaften nachweisen (§ 22 II 6 ALR.). Des Beweises, daß die Rechtsfähigkeit verliehen ist, bedarf es bei ihnen nicht (Str. Arch. 41, 195). Der Beweis des Bestehens der Innungen muß durch Vorlegung einer staatlichen Genehmigung oder eines Privilegs erfolgen. Die Errichtung „neuer Zünfte" kommt allein den Landesherren zu (§ 182 II 8 ALR.). Für die vorlandrechtlichen Korporationen verlangt das Gesetz nicht den Nachweis einer ausdrücklichen landesherrlichen Verleihung. Es genügt eine stillschweigende Genehmigung, die in der wissentlichen Duldung und tatsächlichen Anerkennung durch die staatlichen Organe liegen kann (so Entsch. des Ober-Trib. Str. Arch. 41, 191 ff.). Die Fischereiinnungen müssen also zum Beweise ihrer Rechtsfähigkeit nachweisen, daß vor dem Jahre 1794 (Inkrafttreten des ALR.) ihnen entweder ausdrücklich die Rechtsfähigkeit verliehen worden ist oder sie als Innungen (Zünfte) wenigstens stillschweigend anerkannt worden sind; oder daß ihnen in den Jahren 1794 bis 1845 (Inkrafttreten der preußischen Gewerbeordnung) ausdrücklich die Rechtsfähigkeit verliehen oder ausdrücklich eine Genehmigung oder ein Privileg erteilt worden ist;

oder aber daß sie in den Jahren 1845 bis 1916 (Inkrafttreten des Fischereigesetzes) die Bestätigung nach den §§ 101, 105 Pr. G. O. erhalten haben.

Zur Bejahung zwar nicht der Rechtsfähigkeit, wohl aber der Parteifähigkeit, gelangen wir auf einem anderen Wege, wenn wir die Fischereiinnungen als „erlaubte Privatgesellschaften" im Sinne von § 2 II 6 ALR. auffassen (vergl. auch § 23 II 6 ALR.). Voraussetzung ist eine Verbindung mehrerer Mitglieder des Staats zu einem erlaubten Endzweck (§ 1, 2 II 6 ALR.). Als erlaubt gelten solche Gesellschaften, „deren gemeinschaftlicher Endzweck mit dem gemeinen Wohl bestehen kann" (ROHG. 17, 82). Nach innen müssen die erlaubten Privatgesellschaften korporativ gestaltet sein (§ 14 II 6 ALR.). Diese Voraussetzungen können bei Fischereiinnungen sehr wohl gegeben sein. § 13 II 6 ALR. besagt nun zwar:

> Dergleichen Gesellschaften stellen im Verhältnis gegen andere außer ihnen, keine moralischen Personen vor, und können daher auch, als solche, weder Grundstücke, noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben.

Trotzdem wird mit Recht die aktive und passive Parteifähigkeit der erlaubten Privatgesellschaften von der Rechtslehre und Rechtsprechung bejaht. Auf diese Gebilde ohne weiteres die Vorschriften des BGB. und der ZPO., insbesondere § 50 Abs. 2 ZPO., anzuwenden, ist nicht zulässig, da neue Gesetze grundsätzlich keine rückwirkende Kraft haben. Da aber die erlaubten Privatgesellschaften die inneren Rechte einer Körperschaft besitzen, stehen sie rechtlich zwischen den nicht rechtsfähigen Vereinen und den juristischen Personen. Es ist deshalb kein Grund einzusehen, warum man die, wenn auch beschränkte korporative Gestaltung übersehen und eine Klage gegen die einzelnen Mitglieder verlangen sollte. Bei einer größeren Anzahl von Mitgliedern würde sich bei der Prozeßführung aus dem dauernden, durch Todesfälle und durch Aus- und Eintritte bedingten Wechsel ein Uebermaß von Erschwerungen und Verzögerungen ergeben. Man muß also annehmen, daß die erlaubten Privatgesellschaften als solche, vertreten durch die nach ihren Satzungen vertretungsberechtigten Personen, klagen und verklagt werden können (übereinstimmend: Preuß. Ober-Trib. Seuff. Arch. 33 Nr. 1; RG. 27, 184; JW. 1911, S. 115 Nr. 53; vergl. auch ROHG. 4, 202).

Gleichgültig, ob es sich um eine erlaubte Privatgesellschaft (RG. 27, 187) oder um eine juristische Person handelt, muß endlich auf jeden Fall das Gericht von Amtswegen an Hand der Satzungen (vergl. auch: § 213 II 8 ALR.) die gehörige gesetzliche Vertretung der Fischerinnungen prüfen.

Mit der Frage der Partei- und Rechtsfähigkeit ist nicht die Aktivlegitimation zu verwechseln. Diese wird dann Bedenken unterliegen, wenn das geltend gemachte Fischereirecht nicht der Fischer-

innung als solcher, sondern den einzelnen Fischern verliehen ist (vergl. RG. VII. 442/28 in „Mitteilungen der Fischervereine" 1931 S. 109). Es ist dann zu prüfen, ob die Fischereirechte rechtsgültig (vergl. die §§ 19 ff. FG.) auf die Innung übertragen worden sind. Es ist auch möglich, daß ein Privileg das Fischereirecht den Mitgliedern einer Gilde verleiht, die Mitglieder also kein eigenes Recht, sondern das Recht der Gilde, aber nicht für die Gilde (also jeder für alle), sondern jeder für sich, ausüben. In diesem Falle ist sowohl die Gilde als auch jedes Mitglied aktiv legitimiert (vergl. RG. in Seuff. Arch. 79 S. 305 Nr. 188).

Wenn nur die Mitglieder der Innung fischereiberechtigt sind, genügt es, daß diese ihre Befugnis auf die klagende Innung übertragen. „Es ist ein vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehaltener Grundsatz, daß eine an ein bestehendes Recht geknüpfte bloße Befugnis auf einen anderen mit der Wirkung übertragen werden kann, daß dieser dadurch ermächtigt wird, die Befugnis kraft fremden Rechts in eigenem Namen und Interesse klageweise geltend zu machen. Diese Uebertragung bedarf keiner besonderen Form; es genügt vielmehr jede Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigenden, sofern nur ein eigenes Interesse des Ermächtigten an der ihm übertragenen Rechtsausübung besteht (vergl. RGZ. 73, 308; 78, 90; 91, 390; RGKomm. zu § 398 BGB. Anm. 2). Die demgegenüber in der Literatur vereinzelt hervorgetretenen Bedenken (vergl. vor allem Planck zu § 398 BGB. Bemerk. 1 b β) haben sich mit Rücksicht auf das für eine derartige Rechtseinrichtung bestehende Verkehrsbedürfnis nicht durchzusetzen vermocht" (so KG. Urteil vom 2. 2. 32 — 2. U. 11496/31). Das eigene rechtsschutzwürdige Interesse der klagenden Innung an der Ausübung der ihr übertragenen Rechte wird regelmäßig gegeben sein, da die Innungen satzungsgemäß oder dem Zweck ihrer Gründung entsprechend die Aufgabe haben, die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen (RG. 91, 99; KG. Urteil vom 21. 9. 26 in „Wasserkraft und Wasserwirtschaft" 1927, 65). Die formlose Uebertragung der Befugnis kann sich entweder aus den Satzungen der Innung (so KG. Urteil vom 2. 2. 32 — 2. U. 11496/31) oder aus einer besonderen von den Berechtigten unterzeichneten Klagevollmacht ergeben.

III. Die Rechte der Anlieger.

Den Anlagen, welche die Wasseranlieger in den Wasserläufen errichten, können verschiedene Rechtsverhältnisse zugrunde liegen. Die einzelnen Möglichkeiten sollen im folgenden dargestellt und dabei jeweils die Frage beantwortet werden, in welchem Verhältnis der Inhalt dieser Rechte zu den dem Eigentümer des Wasserlaufes zustehenden Rechten steht, da wir bei den Untersuchungen in Teil IV von diesen Feststellungen auszugehen haben.

A. § 333 WG. gibt den Eigentümern oder Nutzungsberechtigten eines Ufergrundstückes ein Recht gegen den Eigentümer des Wasserlaufs auf Duldung der Errichtung von Treppen, Brücken, Bootshäusern, Wascheinrichtungen, Haltepfählen oder ähnlichen Anlagen einfacher Art, ferner von Badeanstalten und Anlegestellen. Bei letzteren darf es sich allerdings nur um kleinere Anlagen für die Zwecke der eigenen Haushaltung und Wirtschaft handeln, für die eine Verleihung nach § 46 WG. (siehe unten III, C) nicht in Frage kommt. Für die Benutzung seines Eigentums steht dem Wasserlaufeigentümer eine Entschädigung zu. Falls der Eigentümer dem Anlieger die Errichtung der Anlagen nicht freiwillig gestattet, so bestimmt über den Anspruch auf Duldung der Anlagen und über die Entschädigung der Bezirksausschuß gem. § 340 Abs. 1 WG. und verleiht das Benutzungsrecht (§ 340 Abs. 7 WG.). Da § 340 Abs. 5 WG. den § 81 WG. für anwendbar erklärt, der besagt, „das verliehene Recht ist im Rechtsweg verfolgbar", haben wir es hier ebenfalls mit einem Privatrecht zu tun. Daß die Entstehung auf einen öffentlich-rechtlichen Akt zurückgeht, ändert daran nichts (vergl. RG. 54, 260; 57, 34; Holtz-Kreutz § 81 Anm. 1). Der widersprechenden Ansicht von Hatschek (Lehrbuch des Dt. u. Pr. Verwaltungsrechts § 58, III, 3) und Otto Mayer (Dt. Verwaltungsrecht Bd. 2 § 39 S. 102 Anm. 17 und S. 107 Anm. 20), die ein subjektiv öffentliches Recht annehmen, muß man vor allem die rechtspolitische Erwägung entgegenhalten, daß heute bei der ständigen Zunahme der Bedeutung des öffentlichen Rechts diese Ansicht bald dazu führen würde, fast alle Rechte als subjektiv-öffentliche zu bezeichnen (vergl. RG. 49, 249). Da § 81 Abs. 1 ferner bestimmt: „Die

für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften sind entsprechend anzuwenden", handelt es sich bei dem Benutzungsrecht des § 340 um ein dingliches Recht, das gegen jedermann geltend gemacht werden kann.

Wegen des Umfanges der nach den §§ 333, 340 WG. erworbenen Rechte stellt Holtz-Kreutz (§ 333 Anm. 4) fest: „Andere brauchen diese Anlagen nur insoweit zu dulden, als sie dazu verpflichtet wären, wenn der Eigentümer selbst sie errichtet hätte, mag das Recht durch privatrechtliche Vereinbarung zwischen diesem und dem Anlieger, insbesondere durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder zwangsweise in dem Verfahren nach § 340 begründet sein". Im Ergebnis muß dem unbedingt zugestimmt werden, wenn auch die Begründung in beiden Fällen eine verschiedene ist. Bei der privatrechtlichen Bestellung eines Benutzungsrechts ergibt sich die Begründung aus dem Rechtssatz: „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet". Dieser Satz ist aber bei der Verleihung des Benutzungsrechts nach § 340 WG. nicht anwendbar. Es ist hier zu unterscheiden zwischen dem Recht nach § 333 WG., das lediglich einen obligatorischen Anspruch des Wasseranliegers gegen den Eigentümer des Wasserlaufs auf Einräumung eines (obligatorischen oder dinglichen) Benutzungsrechts darstellt, und dem nach dem Verfahren des § 340 WG. entstandenen Benutzungsrecht. Dieses ist, wie oben angeführt, dinglich und entsteht gemäß § 340 Abs. 7 WG. durch den Beschluß des Bezirksausschusses, und zwar in dem Zeitpunkt der Rechtskraft desselben. § 340 Abs. 7, Satz 1 lautet:

> Mit der Rechtskraft desjenigen Teils des Beschlusses, durch den ein Benutzungsrecht nach den §§ 330 bis 335 festgestellt wird, entsteht das Benutzungsrecht.

Durch den Beschluß entsteht also nicht etwa erst der Anspruch des Anliegers gegen den Eigentümer auf Einräumung eines Benutzungsrechts. Dieser besteht vielmehr bereits gemäß § 333 und wird durch den Beschluß lediglich deklaratorisch festgestellt. Der Feststellungsbeschluß hat aber gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 340 Abs. 7 Satz 1 die Wirkung, daß mit seiner Rechtskraft ein dingliches Nutzungsrecht mit dem in dem Beschluß angegebenen Umfang entsteht. Dieses wird also nicht von dem Eigentümer auf den Anlieger übertragen, sondern entsteht neu durch den öffentlich-rechtlichen Akt (so Beschluß des Landes-Wasseramts v. 9. 3. 1915 in Preuß. Verw. Bl. 36 S. 513). Es wäre demnach an sich denkbar, daß ein Recht entsteht, dessen Inhalt über die dem Wasserlaufseigentümer gegebenen Schranken hinausgeht. Aus dem nachstehend gekennzeichneten Gegensatz zwischen dem Verfahren nach § 340 WG. und dem Verleihungsverfahren nach den §§ 46 ff. WG. ergibt sich jedoch, daß die Benutzungsrechte nur in den Grenzen und mit denselben Beschränkungen entstehen, die dem Eigentümer selbst gesetzt sind (im Ergebnis übereinstimmend v. Brauchitsch § 333 und Lenhard-Reichau § 333, 3). In

dem Verleihungsverfahren nach den §§ 46 ff. können Rechte begründet werden, die sich nicht in den dem Eigentümer gegebenen Grenzen halten und die in fremde Rechte an dem Wasserlaufe eingreifen. Darum ist in diesem Verfahren vorgesehen, daß vor der Verleihung die beabsichtigte Benutzung des Wasserlaufs in ortsüblicher Weise bekannt gemacht wird und alle Personen, die möglicherweise von dem zu schaffenden Recht benachteiligt würden, benachrichtigt werden (§ 65 Abs. 3, 4). Die Verleihungsbehörde hat ferner die etwaigen Widersprüche und Anträge mit den betreffenden Personen zu erörtern (§ 70 Abs. 1 WG.) und hat über die Entschädigungsansprüche zu entscheiden, die irgendeiner der durch die Verleihung Geschädigten stellt (§ 51 WG.). Sogar nach der erfolgten Verleihung kann unter Umständen wegen nachteiliger Wirkungen der Ausübung des verliehenen Rechts der davon Betroffene entweder die Herstellung von Einrichtungen, welche die nachteiligen Wirkungen ausschließen, oder eine Entschädigung verlangen (§ 82 WG.). Die auf besonderen Titeln beruhenden Rechte sind schließlich noch besonders geschützt, da sie nach § 50 Abs. 2 WG. nur bei Vorliegen von Gründen des öffentlichen Wohls beschränkt oder aufgehoben werden können. Ueberdies steht den Berechtigten noch jederzeit die Einleitung des Ausgleichsverfahrens nach den §§ 87 ff. WG. offen. Demgegenüber richtet sich das Verfahren nach § 340 WG. allein gegen den Wasserlaufeigentümer. Es findet keine öffentliche Bekanntmachung und keine Erörterung mit Dritten statt, und es wird nur über den Entschädigungsanspruch des Eigentümers entschieden, der diesem nach § 333 WG. zusteht. Ebensowenig finden die Vorschriften über die Ausgleichung Anwendung (§ 340 Abs. 5; vergl. unten IV. A. 10a). Es fehlen also bei dem Verfahren nach § 340 WG. jegliche Bestimmungen, die einen Dritten vor einem Eingriff in seine Rechte schützen könnten. Man muß also annehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers in diesem Verfahren Eingriffe in fremde Rechte nicht stattfinden. Das läßt sich nur so erklären, daß in diesem Verfahren über Rechte nur insoweit entschieden wird, als diese vorher dem Eigentümer tatsächlich zustanden. Das Benutzungsrecht kommt also nur unter der stillschweigenden Beschränkung zustande, daß der Wasserlaufeigentümer selbst ein Recht des betreffenden in dem Beschluß bezeichneten Inhalts besaß. Die Folge davon ist, daß möglicherweise einem Anlieger das Recht zur Errichtung einer bestimmten Anlage verliehen wird und sich erst später herausstellt, daß der Eigentümer selbst nicht berechtigt war, eine solche Anlage zu errichten, sei es, daß er das ihm ursprünglich zustehende Recht dazu bereits vorher auf einen Dritten übertragen, sei es daß er einem Dritten gegenüber darauf verzichtet hat. Dann hat der Anlieger trotz des Verfahrens nach § 340 WG. das Recht nicht erworben und handelt bei Errichtung der Anlage Dritten gegenüber als Nichtberechtigter. Dieses Ergebnis erscheint zwar auf den ersten Blick etwas unbefriedigend.

Es ist jedoch zu bedenken, daß einerseits dieser Fall selten eintreten wird, andererseits die Folge der entgegengesetzten Ansicht völlig unbillig wäre. Denn dann wäre es möglich, daß durch ein nach dem einfachen Verfahren des § 340 WG. entstandenes Recht irgend ein anderes, schon vorher bestehendes, beschränken oder ausschließen könnte.

Holtz-Kreutz (§ 333 Anm. 6) weist darauf hin, daß nach den §§ 52, 53 II 15 ALR., die im § 399 Abs. 2 Nr. 1 zu b/WG. nicht aufgehoben sind, Brücken über Wasserläufe erster Ordnung nur mit einer besonderen Erlaubnis des Staates angelegt werden dürfen, die durch das Verfahren nach § 340 WG. nicht ersetzt wird (vergl. Zeitschr. f. Agrar- und Wasserrecht 5, 251). Diese Bestimmung des Allgemeinen Landrechtes betrifft jedoch nur Brücken, die zwei Ufer miteinander verbinden, also die Fortsetzung eines Weges bedeuten (Laudé und Herms Anm. 32 zu § 52 II 15 ALR.). Sie betrifft also nicht die uns allein interessierenden Anlagen vor Ufergrundstücken, die dem Anlegen von Booten dienen und die man nach dem heutigen Sprachgebrauch ebenfalls als (Boots-) „Brücken“ bezeichnet.

B. 1. Wie im vorigen Abschnitt bereits erwähnt, können die Rechte zur Errichtung der Anlagen auch durch ein privates Rechtsgeschäft als dingliche oder als obligatorische begründet werden. Dingliche Rechte können, je nachdem sie von dem Wasserlaufeigentümer einem bestimmten Berechtigten eingeräumt oder mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden, als Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff. BGB.) oder als beschränkt persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff. BGB.) bestellt werden. Ihre Bestellung richtet sich nach den Vorschriften des BGB.; insbesondere hängt ihre Entstehung von der Eintragung im Grundbuch ab (§ 873 BGB.). Voraussetzung hiervon ist allerdings, daß der Wasserlauf bereits im Grundbuch eingetragen ist. (§ 13 Abs. 1 WG.; vergl. Begründung des WG. 21. Legislaturper. V. Session, 1912, Drucksache 9 B. S. 698—99; Holtz-Kreutz § 340 Vorbem. Abs. 5).

Wie ebenfalls im vorigen Abschnitt bereits ausgeführt ist, kann der Umfang dieser Rechte nicht weiter sein, als der des Wasserlaufeigentümers, von dem sie übertragen worden sind.

Eine ungünstigere Stellung im Vergleich zu den nach § 340 WG. erworbenen Nutzungsrechten ergibt sich nur für die nach dem 1. Jan. 1912 durch Rechtsgeschäft begründeten Rechte. Denn diese genießen nicht den bevorzugten Schutz des § 50 Abs. 2 WG., nach dem die auf besonderen Titeln ruhenden Rechte nur bei Vorliegen von Gründen des öffentlichen Wohls durch neu zu verleihende Nutzungsrechte eingeschränkt oder beseitigt werden können.

2. Die Berechtigung zur Errichtung der Anlagen kann der Anlieger auch durch Vereinbarung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses mit dem Eigentümer, durch Vermietung bezw. Verpachtung (§§ 535, 581 BGB.) begründen. In diesen Fällen erwirbt der An-

lieger zwar kein dingliches, gegen jedermann verfolgbares, wohl aber ein subjektives Recht. Dieses genügt, um die Widerrechtlichkeit der durch das obligatorische Rechtsverhaltnis gestatteten Benutzung auszuschließen (vergl. unten IV A. 2).

Da der Anlieger in allen diesen Fällen seine Rechte von dem Eigentümer herleitet, können diese nie über die Grenzen hinausgehen, die dem Eigentümer gesetzt waren (so auch Holtz-Kreutz § 40 Anm. 1 und § 333 Anm. 4).

3. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß der Eigentümer zwar keine Verpflichtung zur Duldung der Anlagen übernimmt, dem Anlieger aber hierzu ausdrücklich oder — gelegentlich der polizeilichen Genehmigung nach § 22 WG. — stillschweigend die jederzeit widerrufliche Genehmigung erteilt. Holtz-Kreutz (§ 22 Anm. 5 c) sieht in dieser Genehmigung „eine präkaristische — also nicht rechtsbegründende Erlaubnis". Er will offenbar damit sagen, daß trotz einer solchen Erlaubnis die Errichtung der Anlagen widerrechtlich bleibt. Der Bearbeiter des Kommentars, Schlegelberger, sagt denn auch in einer Abhandlung in Gruchot 63 S. 534 zu dieser Frage ausdrücklich: „In den meisten Fällen lag die Begründung eines Rechtsverhältnisses und eines p r i v a t e n B e n u t z u n g s r e c h t e s nicht in der Absicht der Beteiligten." In demselben Sinne führt das Kammergericht im Urteil vom 2. 2. 32 — 2 U. 11496/31 — unter Hinweis auf Holtz-Kreutz a. a. O. aus:

> Ebenso (wie bei einer widerruflichen Erlaubnis) wird auch durch einen nebenher mit dem Antragsteller (Anlieger) etwa geschlossenen Pachtvertrag nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Eigentümer, nicht aber ein Recht am Wasserlauf geschaffen (Holtz-Kreutz § 22 Anm. 5 c).

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Wenn man ein precarium im Sinne des Allgemeinen Landrechts annehmen wollte, so ist es zwar richtig, daß der precaristische Besitzer dem Eigentümer gegenüber kein Recht zum Besitz geltend machen kann (§ 106 I 7, § 213 I 21 ALR.). Denn dieser hat jederzeit das Recht, die Sache zurückzufordern (Strieth Arch. 24 S. 351). Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der precaristische Besitzer nicht bis zur Zurückforderung an sich zum Besitz berechtigt ist (justa possessio) (so Strieth. Arch. 24 S. 351; Ober-Trib. Entsch. 64, 85; 44, 40). Vielmehr gibt Dritten gegenüber der precaristische Besitz das Besitzrecht (Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 3. Bd. § 160 VI). Abgesehen davon ist aber das römischrechtliche Precarium in das BGB. nicht aufgenommen worden. In dem Entwurf I § 558 war es zwar noch enthalten. In der 2. Kommission wurde diese Bestimmung jedoch gestrichen, da man sie für überflüssig hielt (vergl. Staudinger, Vorbem. 3 zu § 598). Die Frage, welchen Inhalt und welche Bedeutung die widerrufliche Genehmigung des Eigentümers hat, muß daher nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. beantwortet werden.

Es handelt sich hier um die Einwilligung zu einer Handlung. Im Gesetz ist sie nicht geregelt. Sie ist auch nicht dasselbe wie die Einwilligung zu einem Rechtsgeschäft (§§ 182 ff. BGB.) oder zu einer Verfügung (§ 185 BGB.), aber sie ist diesen Rechtsgeschäften verwandt und ist ebenfalls ein Rechtsgeschäft oder doch wenigstens eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte analog anzuwenden sind (so von Tuhr, der allgem. Teil des Dt. bürgerl. Rechts, 2. Bd. 2. Hälfte § 88 IV. 4). Nach den Untersuchungen Zitelmanns (Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Arch. f. Ziv. Praxis 99 S. 1 ff.) steht fest, daß die Einwilligung die Befugnis einräumt, die Handlung vorzunehmen. Dabei ist unerheblich, daß der jederzeitige Widerruf vorbehalten ist (Zitelmann a. a. O. S. 55). Bis zum Zeitpunkt des Widerrufs hat der Eigentümer dem anderen ein subjektives Recht eingeräumt, die Handlung vorzunehmen (Zitelmann a. a. O. S. 56). Solange ist daher die Widerrechtlichkeit der Handlung ausgeschlossen (so auch Oertmann, Komm. Vorbem. 1 a zu § 598; H. A. Fischer, Die Widerrechtlichkeit, § 25; von Tuhr a. a. O. § 88 IV. 4). Falls also mit der polizeilichen Genehmigung dem Anlieger zugleich die Genehmigung des Wasserlaufeigentümers erteilt worden ist, die betreffende Anlage zu errichten, so ist er bis zum Widerruf hierzu berechtigt. Unerheblich ist, daß die Genehmigung, was auch bei Fehlen eines entsprechenden Vorbehaltes anzunehmen ist (Holtz-Kreutz § 22 Anm. 5 c), „unbeschadet der Rechte Dritter“ erteilt worden ist. Denn die auf der Erlaubnis des Eigentümers beruhende Berechtigung des Anliegers kann sowieso nicht weiterreichen als die Rechte des Eigentümers Dritten gegenüber bestehen. Die Rechte Dritter können also durch die Erteilung der Erlaubnis nicht berührt werden.

Ob tatsächlich mit der polizeilichen Genehmigung nach § 22 WG. zugleich die Erlaubnis von dem Eigentümer erteilt ist, muß in jedem einzelnen Fall untersucht werden. Die zur Erteilung der polizeilichen Erlaubnis des § 22 WG. zuständige Wasserpolizeibehörde ist gemäß § 342 Abs. 1 Ziff. 1 WG. für die Wasserläufe erster Ordnung der Regierungspräsident, soweit nicht die zuständigen Minister nach § 343 Abs. 1 Ziff. 1 etwas anderes bestimmt haben.

Vertretungsberechtigt und für die Verwaltung des staatlichen Eigentums zuständig waren vom Inkrafttreten des WG. ab gem. dem Erlaß der Minister der öffentlichen Arbeiten und für Landwirtschaft vom 6. August 1914 (M. Bl. f. Landw. S. 277) und dessen Anlage die Wasserbauverwaltung. Diese war gemäß § 2 Nr. 12, § 3 Nr. 1, 2 c und 4 und § 14 Abs. 1 der Regierungsinstruktion vom 23. Oktober 1917 (GS. S. 248), D. II. Nr. 1, 3 der Allh. Kab. Ord. vom 31. Dezember 1825 (GS. S. 1826 S. 5) und § 18 Landesverwaltungsgesetz bei den Wasserläufen erster Ordnung in erster Linie den Regierungspräsidenten bezw. den besonders beauftragten Wasserbaubehörden (Oberpräsidenten, als Chefs von Strombauverwaltungen

und Wasserstraßendirektionen, dem Regierungspräsidenten in Potsdam als Chef der Verwaltung der märkischen Wasserstraßen, dem Polizeipräsidenten in Berlin für die Berliner Wasserstraßen, dem Regierungspräsidenten in Lüneburg hinsichtlich einiger Strecken der Unterelbe) übertragen. Vor Erlaß des WG. wurden die fiskalischen Nutzungen von den Regierungen, Abteilungen für Domänen und Forsten, verwaltet (im wesentlichen übereinstimmend Holtz-Kreutz § 7 Anm. 13, der jedoch letzteren irrtümlich auf die Zeit nach Erlaß des WG. bezieht). Nach dem Uebergang der Wasserläufe erster Ordnung auf das Reich (Art. 97 Reichsverfassung in Verbindung mit dem Staatsvertrag, betreffend den Uebergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich — Reichsgesetz vom 29. Juni 1921 — RG. Bl. S. 961), erfolgt die Verwaltung der Wasserstraßen durch dieselben preußischen Behörden, jedoch im Namen des Reiches (§ 11 des Staatsvertrages vom 29. Juli 1921).

Vor sowie nach dem Uebergang der Wasserstraßen auf das Reich waren also in den meisten Fällen dieselben Behörden als Wasserpolizeibehörden zur Erteilung der Genehmigung nach § 22 WG. als Vertreter des Wasserlaufeigentümers zur Erteilung der privatrechtlichen Erlaubnis zuständig (so auch Schlegelberger, Gruchot 63 S. 533; Holtz-Kreutz § 22 Anm. 5 c). Anders dürfte sich allerdings das Verhältnis der Zuständigkeiten gestalten, nachdem der Vertrag vom 29. 7. 1921 durch das Reich zum 1. 4. 1932 gekündigt worden ist und die in Angriff genommene Verreichlichung der Wasserstraßenverwaltung durchgeführt sein wird.

Gemäß § 21 WG. ist nun die Wasserpolizeibehörde berechtigt, ohne Vorliegen der sonst im Polizeirecht erforderlichen Voraussetzungen (§ 10 II 17 ALR.) gegen die Benutzung des Wasserlaufs einzuschreiten, soweit nicht ein Recht zur Benutzung besteht (oder die Benutzung nach den Vorschriften über den Gemeingebrauch gestattet ist). (Holtz-Kreutz § 21 Vorbem. A und Anm. 3). Mit Rücksicht auf diese Regelung wird die Behörde eine Genehmigung nach § 22 WG. nicht erteilen, wenn sie als Vertreterin des Wasserlaufeigentümers nicht gleichzeitig privatrechtlich genehmigen will (übereinstimmend: Schlegelberger a. a. O. S. 533; Holtz-Kreutz § 22 Anm. 5 c). Aus diesem Grunde wird man im Falle der beiderseitigen Zuständigkeit der Behörde grundsätzlich in der widerruflichen Erteilung der polizeilichen Genehmigung zugleich die stillschweigende Erklärung sehen müssen, daß der Eigentümer, der Preußische Staat oder das Reich, die widerrufliche Erlaubnis zur Benutzung des Wasserlaufs erteilt (so auch: Schlegelberger a. a. O., Holtz-Kr. a. a. O. und KG. vom 2. 2. 32 — 2. U. 11496/31). Diese Erlaubnis genügt aber, wie wir oben gesehen haben, um die Widerrechtlichkeit der Benutzung zu beseitigen.

Hierzu ist noch zu bemerken, daß bei verschiedenen preußischen Regierungen (so z. B. in Potsdam) regelmäßig vor der Erteilung der wasserpolizeilichen Genehmigung gemäß § 22 WG. durch den Regierungspräsidenten als Chef der Verwaltung der märkischen Wasser-

straßen den Anliegern die folgende „privatrechtliche Verpflichtungserklärung“ zur Unterschrift vorgelegt wird:

Verpflichtungserklärung.

Mit Rücksicht auf die von mir uns beabsichtigte Benutzung de ..... durch die Anlage .... die in dem von mir uns am .... 19... gestellten Antrag auf wasserpolizeiliche Genehmigung bezeichnet sind, erkläre... ich wir folgendes:

1. Ich Wir verpflichte... mich uns, für die in Anspruch genommene Fläche von dem Monatsersten ab, der dem Beginn der Ausführung der Anlage folgt, einen jährlichen Wasserzins in Höhe von

   .... RM

   wörtlich: ..... an die .... kasse in ....

   für das Deutsche Reich (Reichswasserstraßenverwaltung), den Preußischen Staat (Wasserbauverwaltung) in der mir uns amtlich bekannt zu gebenden Frist nach erhaltener Aufforderung zu zahlen.

2. Ich Wir erkenne... an, daß ich wir zur Weiterüberlassung dieser Anlage zum Gebrauch an Dritte, in welcher Form sie auch erfolgen soll, ob entgeltlich oder unentgeltlich, zur ständigen oder vorübergehenden Benutzung, nur mit ausdrücklicher Einwilligung der Reichswasserstraßenverwaltung (Wasserbauverwaltung) berechtigt bin. sind.

3.—6. Betreffen weitere Verpflichtungen gegenüber dem Deutschen Reich bezw. dem Preußischen Staat.

......., den .... 193...

Enthält diese Erklärung auch keine ausdrückliche Genehmigung von Seiten des Wasserlaufeigentümers, so ist doch in der Annahme der Erklärung und der jährlichen Wasserzinszahlungen eine stillschweigende Genehmigung zu sehen. Denn die Uebernahme der verschiedenen Verpflichtungen durch den Anlieger sowie die Zahlung eines Zinses können nur dann einen Sinn haben, wenn ihnen als Gegenleistung die privatrechtliche Genehmigung gegenübersteht. Hat somit der Anlieger eine derartige Verpflichtungserklärung gegenüber dem Wasserlaufeigentümer abgegeben, so ist nach obigen Ueberlegungen die betreffende Anlage regelmäßig durch Genehmigung zu einer rechtmäßigen geworden.

C. Im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Erwerb können in dem Verfahren nach § 46 WG. sowohl diejenigen Rechte verliehen werden, die nach § 40 Abs. 2 WG. dem Eigentümer zustehen, als auch die in § 46 WG. aufgezählten, und zwar auch insoweit, als sie über die dem

Eigentümer zustehenden Rechte hinausgehen. Hierher gehören die Rechte, das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, namentlich es auch oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar abzuleiten, Wasser oder andere flüssige Stoffe oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar einzuleiten, den Wasserspiegel zu heben oder zu senken, namentlich durch Hemmungen des Wasserlaufs eine dauernde Ansammlung von Wasser herbeizuführen, — als auch die Rechte, Häfen und Stichkanäle anzulegen, letztere, soweit sie nicht selbständige Wasserstraßen bilden, Anlegestellen mit baulichen Vorrichtungen von größerer Bedeutung herzustellen, und kommunale oder gemeinnützige Badeanstalten anzulegen. Durch die Verleihung kann also der Unternehmer ein Privatrecht auf Herstellung einer entsprechenden Anlage erwerben, gleichgültig ob ein solches dem Eigentümer zustand oder nicht.

D. Falls ein Anlieger bereits vor Inkrafttreten des Wassergesetzes ein Recht auf Benutzung des Wasserlaufs besaß, so bleibt es gemäß § 379 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 4 Satz 1 und § 382 WG. aufrecht erhalten, soweit es auf einem besonderen Titel beruhte. Unter titulierten Rechten versteht das Gesetz im Gegensatz zu den Rechten, die auf allgemeinen Rechtsnormen, wie Gesetz oder Gewohnheitsrecht, beruhen, solche, die auf einen besonderen Rechtsakt zurückzuführen sind. (Holtz-Kr. § 50 Anm. 12). Diejenigen titulierten Rechte, die nicht zu den in § 46 genannten gehören, sind durch die „Bestimmung des Wasserlaufs für die Vorflut und bei Wasserläufen erster Ordnung auch für die Schiffahrt" beschränkt (§ 382 Satz 2 WG.). Nicht titulierte Rechte bleiben nur aufrecht erhalten, falls es sich um Benutzungsarten im Sinne des § 46 WG. handelt und rechtmäßige Anlagen zu ihrer Ausübung vor dem 1. Januar 1913 errichtet sind oder vor diesem Zeitpunkt mit ihrer Errichtung begonnen ist (§ 379 Abs. 2 WG.). Ferner darf keine Verunreinigung des Wassers, die über das Gemeinübliche hinausgeht, eintreten (§ 379 Abs. 4 a WG.). Die Rechte können auch nach Maßgabe des § 84 WG. gegen Entschädigung aufgehoben werden (§ 379 Abs. 5 WG.), und sie erlöschen, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind oder ihre Eintragung im Wasserbuch nicht mit Ablauf von 15 Jahren nach Inkrafttreten des Wassergesetzes beantragt ist (§ 380 Abs. 1 WG.).

Mit Ausnahme dieser Beschränkungen bestimmt sich also der Umfang sowohl der titulierten als auch der nicht titulierten Rechte, die bei Inkrafttreten des Wassergesetzes bestanden, nach den die Rechte begründenden Titeln bzw. nach dem früheren Recht. Von den Vorschriften des Wassergesetzes kommen nur die öffentlich-rechtlichen (vergl. nächsten Abschnitt: III E) zur Anwendung (Holtz-Kr. § 379 Anm. 11 a und 12). Für den Umfang dieser Rechte ist es gleichgültig, ob sie über die dem Eigentümer zustehenden Rechte hinausgehen. Falls sie nach dem Verfahren des § 86 WG. „sichergestellt" worden sind, stehen sie den nach den §§ 46 ff. WG. verliehenen Rechten gleich.

E. Sämtliche Benutzungsrechte unterliegen den in den §§ 19—24 WG. enthaltenen „allgemeinen Vorschriften“ über die Benutzung der Wasserläufe. Diese polizeilichen Vorschriften sind durch das Polizei-Verwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (GS. S. 77) unberührt geblieben (a. a. O. § 83 Nr. 6).

Nach § 19 WG. ist es, soweit die Wasserpolizeibehörde keine Ausnahmen zuläßt, verboten, neben anderen Materialien, Holz und feste Stoffe in einen Wasserlauf einzubringen. Man könnte annehmen, daß unter dieses Verbot auch die Errichtung von Anlagen im Wasserlauf fällt, wenn diese aus den angeführten Materialien (z. B. Holz) bestehen. Dies ist jedoch deshalb nicht der Fall, weil nur das „Einbringen“ dieser Stoffe verboten ist, das „Einbringen“ im Sinne dieser Vorschrift jedoch bedeutet, daß sich jemand der Stoffe dauernd entledigen will. Abgesehen davon ist die Errichtung von Anlagen im Wasserlauf in § 22 WG. besonders berücksichtigt, wovon weiter unten die Rede sein soll (vergl. Holtz-Kr. § 19 Anm. 5). § 20 WG. behandelt das Röten von Hanf und Flachs. Nach § 21 WG. ist die Wasserpolizeibehörde befugt, die Benutzung eines Wasserlaufs zu beschränken oder zu untersagen, soweit nicht ein Recht zu der Benutzung besteht oder die Benutzung nach den Vorschriften über den Gemeingebrauch gestattet ist. Da diese Bestimmung lediglich von den Folgen des Nichtbestehens eines Rechtes spricht und — wie wir unten (III F) sehen werden — die Errichtung der Anlagen nicht auf dem Gemeingebrauch beruht, ergibt sich auch aus diesem Paragraphen keine Beschränkung der angeführten Rechte.

Dagegen betrifft § 22 Abs. 1 WG. gerade die Errichtung oder wesentliche Veränderung von Anlagen im Wasserlauf und schreibt hierfür die Genehmigung der Wasserpolizeibehörde vor. Ausgenommen sind jedoch Anlagen, die auf Grund eines gesetzlich geordneten Verfahrens ausgeführt werden. Denn in diesen Verfahren werden bereits die polizeilichen Belange wahrgenommen. Daß dies nicht nur für das Verfahren nach §§ 46 ff., sondern auch für das nach § 340 WG. gilt, ergibt sich aus § 69 Abs. 1, auf den § 340 Abs. 5 WG. Bezug nimmt und der bestimmt, daß die Verleihungsbehörde an Stelle der sonst zuständigen Polizeibehörden zu prüfen hat, ob die beabsichtigte Benutzung des Wasserlaufs den polizeilichen Vorschriften entspricht (Holtz-Kr. § 22 Anm. 7).

Zur Errichtung von Anlagen nach den §§ 333, 340 (vergl. III. A.) und nach den §§ 46 ff. WG. (vergl. III. C.), ebenso für Anlagen, die auf Grund alter, nach § 379 WG. aufrecht erhaltener Rechte (vergl. III. D.) bereits vor Inkrafttreten des Wassergesetzes bestanden haben, bedarf also ein Anlieger der polizeilichen Genehmigung nicht. Dagegen ist diese erforderlich, wenn der Anlieger ein Recht vom Eigentümer durch Rechtsgeschäft erwerben will (vergl. III. B.).

Erwähnt sei hier, daß § 22 Abs. 1 WG. ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. darstellt, und daß daher unter Umständen

ein Schadensersatzanspruch auf Grund dieser Bestimmung berechtigt ist, wenn infolge der Nichteinholung der polizeilichen Genehmigung den Fischereiberechtigten ein Schaden entsteht (RG. 64, 252; Gruchot 56, 1131).

§ 23 WG. behandelt die Einleitung von Wasser oder anderen flüssigen Stoffen, die hier nicht in Frage steht.

Nach § 24 WG. haftet für den Schaden, der durch die unerlaubte Verunreinigung eines Wasserlaufs entsteht, selbst wenn eine solche nach § 23 WG. nicht beanstandet ist, der Unternehmer der Anlage, von dem die Verunreinigung herrührt. Durch die Anlagen der Anlieger dürfte jedoch kaum eine Verunreinigung des Wasserlaufs entstehen, die der Fischerei schaden könnte. Wenn dies dennoch einmal der Fall sein sollte, so würde allerdings dadurch im Rahmen von § 24 WG. eine Haftung begründet sein.

F. An dieser Stelle ist weiter die sehr wichtige Frage zu beantworten: gehört oder gehörte die Errichtung von Anlagen im Wasserlauf durch den Anlieger vor seinem Grundstück zum Gemeingebrauch?

1. Zur Klärung dieser Frage mag ein Vergleich aus dem Wegerecht dienen. Genau so wie die Wasserläufe sind die öffentlichen Wege dem öffentlichen Verkehr gewidmet. Die Widmung ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft, das die Mitwirkung des Eigentümers des Weges, des Unterhaltspflichtigen und der Polizei erfordert (vergl. Fleiner § 21 II 1; Germershausen-Seydel § 1, 1 S. 4 ff.; Holtz-Kr. § 25 Vorbem. C.; RG. 86, 120; 105, 100; 111, 375). Das Wesentliche ist, daß das Eigentum an dem Wege zugunsten des öffentlichen Verkehrs, des allgemeinen Gebrauchs, beschränkt ist. Für den einzelnen ergibt sich daraus das Recht, die öffentliche Sache zu benutzen, das Recht des Gemeingebrauchs. Es soll hier nicht auf den Streit eingegangen werden, ob der Gemeingebrauch ein öffentliches oder ein privates Recht oder nur eine Berechtigung ist (vergl. hierzu v. Brauchitsch § 25 WG.; Fleiner § 23 II 1; Friedrichs in Gruchot 64, 681). Hier interessiert nur der Umfang des Gemeingebrauchs. Dieser ergibt sich aus dem Zweck der Widmung, den Weg zum öffentlichen Verkehr zu benutzen, und wird begrenzt durch das gleiche Recht aller übrigen. Einen Rechtsanspruch gibt der Gemeingebrauch nicht. Sein Schutz liegt lediglich der Polizei ob.

Wie die Wasseranlieger im Verhältnis zum Wasserlauf, so haben die Besitzer von Grundstücken, die an öffentliche Straßen grenzen, in besonderem Maße die Möglichkeit, den Gemeingebrauch auszunutzen. Sie können einerseits in derselben Art und Weise, die auch den Nichtanliegern möglich ist, nur häufiger, die Straße begehen, befahren usw. Sie dürfen die Straße aber auch in einer Weise benutzen, die den Nichtanliegern nicht möglich ist, sofern sie sich nur in dem Rahmen der durch die Widmung gegebenen Zweckbestimmung halten. Man spricht in diesem Falle von einem „gesteigerten Gemeingebrauch“.

Da hierbei in höherem Maß als bei dem gewöhnlichen Gemeingebrauch und für dauernd der öffentliche Verkehr beeinflußt wird, ist in diesen Fällen eine polizeiliche Erlaubnis erforderlich.

Sobald der Anlieger die Straße in einer Weise nutzt, die über den Zweck der Bestimmung zum öffentlichen Verkehr hinausgeht, greift er über das durch die Widmung gezogene Maß hinaus in das Eigentum an der Straße ein und bedarf daher einer besonderen Nutzungsverleihung, die von der Polizei und dem Wegeeigentümer erteilt werden muß (vergl. Lisco, Diss. S. 37 ff.). Ein scharfer Trennungsstrich zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Nutzungsverleihung (verliehenes Gebrauchsrecht: Otto Mayer, Dt. Verwaltgsr. Bd. II § 39) läßt sich nicht ziehen. Zu ersterem gehören z. B. Türen, Treppen und Reklamekasten, die an einem Hause angebracht in die Straße hineinragen. Die Verlegung von Schienen in den Straßenkörper dagegen und unter Umständen auch die Anbringung von umfangreichen Schutzdächern vor Hoteleingängen verlangt eine Nutzungsverleihung (RG. in JW. 1929, 1241 und 1976; RG. in „das Recht“ 1931 Heft 10, S. 521; Otto Mayer a. a. O. Bd. II § 37; vergl. auch Rosenfeld, das Wesen des Gemeingebrauchs, Diss. Rostock 1899; Vossen, Gemeingebrauch S. 7). Aus dem Verhältnis zwischen Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Nutzungsverleihung ergibt sich die für uns wichtige Feststellung, daß dem Anlieger nicht mehr Rechte zustehen, als jedem anderen auf Grund des Gemeingebrauchs. Nur deshalb, weil er besser dazu in der Lage ist, kann er den Gemeingebrauch stärker und auch in anderer Art und Weise nutzen (so auch Fleiner § 23 II 1 am Ende und 2; Keydel, Diss. S. 43).

2. Die rechtliche Konstruktion der Stellung des Wasseranliegers ist dieselbe. Der Inhalt des Gemeingebrauchs an den natürlichen Wasserläufen erster Ordnung ist in den §§ 25 ff. WG. bestimmt. Danach ist das Baden- Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen, Viehtränken, Schwemmen, Kahnfahren und Eislaufen, sowie der öffentliche Verkehr, namentlich der Schiffahrt und die Flößerei jedermann gestattet. Diesen Gemeingebrauch kann der Wasseranlieger vermöge der günstigen Lage seines Grundstücks stärker als andere nutzen (OVG. 32, 213). Er kann schließlich zum Zwecke einer über die Bestimmung zum Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzung Nutzungsverleihungen erwerben, welche wie im Wegerecht die Mitwirkung der Polizei und grundsätzlich des Eigentümers erfordern (vergl. Sächs. WG. v. 12. 3. 09 § 23). Hierher gehören insbesondere die Verleihungen nach den §§ 46 ff. WG. und mit allen anderen Nutzungsrechten auch die Fischereirechte (vergl. Fleiner § 23 II 2 S. 279—380). Im Gegensatz zum Wegerecht ist jedoch der gesteigerte Gemeingebrauch des Wasseranliegers durch das Wassergesetz wesentlich eingeschränkt.

§ 38 WG. bestimmt:

Der Gemeingebrauch enthält unbeschadet der Vorschriften des § 27 Abs. 1, der §§ 28, 29 des § 31 Abs. 2 und des § 32 Abs. 3

Nr. 2, nicht die Befugnis, fremde Ufergrundstücke zu betreten oder sonst zu benutzen oder Anlagen im Wasserlaufe zu errichten.

Die angezogenen Paragraphen betreffen das Leinpfadrecht, das Landen, Befestigen und Ausladen von Schiffen und Flößen an Ufergrundstücken. Gemäß § 38 WG. umfaßt demnach der Gemeingebrauch, abgesehen von diesen Fällen, nicht das Betreten oder die sonstige Benutzung der Ufergrundstücke. Bemerkenswert ist, daß das Gesetz hier von Ufer-Grundstücken spricht. Würde statt dessen „Grundstücke“ schlechthin gesagt sein, so würden sich die Beschränkungen auch auf den Wasserlauf selbst beziehen. Denn nach dem Wassergesetz vom 7. April 1913 stellt der Wasserlauf ein Grundstück dar (vergl. Holtz-Kreutz Vorbem. zum Ges. III). Das Betreten und sonstige Benutzen des Wasserlaufs, des Wassers und des Grundes, zum Zwecke der Ausübung des Gemeingebrauchs ist demnach nicht verboten.

Gemäß § 38 WG. enthält der Gemeingebrauch ferner nicht die Befugnis, „Anlagen im Wasserlauf zu errichten“. Hier entsteht die Frage: Bezieht sich diese Vorschrift nur auf Anlagen vor fremden Ufergrundstücken oder auch auf Anlagen, die der Wasseranlieger vor seinem eigenen Grundstück errichten will?

Man könnte deshalb der ersten Auslegung zuneigen, weil § 38 WG. sich im übrigen nur auf fremde Ufer-Grundstücke bezieht. Es ist auch zu berücksichtigen, daß an den meisten Ufern ohne Stege oder ähnliche Anlagen das Anlegen mit Booten und somit die Ausübung der Schiffahrt oder das Kahnfahren unmöglich ist. Es läge also nahe, anzunehmen, daß analog dem Wegerecht, das die Errichtung von Treppen auf der Straße dem Anlieger gestattet, auch im Wasserrecht ähnliche Anlagen dem Zwecke der Widmung entspächen.

Daraus, daß der Gesetzgeber in den §§ 330 ff. WG. die besonderen Zwangsrechte geschaffen hat, läßt sich kein zwingender Schluß ziehen. Denn man könnte immerhin einwenden, daß sich diese Vorschriften einerseits in erster Linie auf Anlagen vor fremden Grundstücken bezögen und andererseits die besondere Möglichkeit geben sollten, die Entscheidung im Verfahren vor dem Bezirksausschuß herbeizuführen.

Auch aus den Materialien zum Wassergesetz läßt sich noch nicht eindeutig der Wille des Gesetzgebers ersehen. Die Begründung des Gesetzes (21. Legislatur-Periode V. Session 1912 Drucks. 9 B. AH. S. 84) sagt zu § 38, daß diese Vorschrift zunächst klarstellen sollte, daß der Gemeingebrauch nicht die Befugnis gibt, in die Rechte der Eigentümer der Ufergrundstücke einzugreifen, und fährt dann fort: „Auch zur Errichtung von Anlagen im Wasserlaufe berechtigt der Gemeingebrauch nicht. Zur Vermeidung von Zweifeln ist dies ausdrücklich hervorgehoben“. Aus dieser Begründung allein ist nicht mehr zu entnehmen, als aus dem Gesetzestext selbst. Auch aus den Beratungen des Abgeordneten-Hauses und des Herren-Hauses ist nichts zu

entnehmen, da dieser Paragraph in allen Lesungen unverändert und ohne Debatte angenommen wurde (vergl. Drucks. 606 A. K. B. A. H. S. 41; 606 B. K.-Beschl. S. 13; 611 A. K. B. A. H.; 209. K. B. H. H. Berat. H. H. S. 1014).

Erst die weitere Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zeigt ihren wahren Sinn. Dem Entwurf des Wassergesetzes, der 1912 den Beratungen der gesetzgebenden Körperschaften zugrunde lag, war bereits ein Entwurf aus dem Jahre 1894 vorausgegangen. Dieser Entwurf (Entwurf eines preußischen Wassergesetzes samt Begründung, Amtliche Ausgabe S. 15) enthielt unter Titel 3, „Gemeingebrauch", folgende Paragraphen:

§ 59. Die Benutzung der Wasserläufe zur gewöhnlichen Abwässerung, zum Baden, Waschen, Viehtränken und Schwemmen, und das Schöpfen daraus zu häuslichen und wirtschaftlichen Zwecken ist jedermann gestattet, soweit es ohne rechtswidrige Benutzung fremder Grundstücke geschehen kann.

§ 60. Unter derselben Voraussetzung können die Ströme und Schiffahrtskanäle von jedermann für den öffentlichen Verkehr, namentlich zur Schiffahrt und zur Flößerei mit gebundenen Hölzern, benutzt werden.

In der Begründung zu diesen Paragraphen heißt es (a. a. O. S. 157): „Für alle Arten des Gemeingebrauchs ist die Voraussetzung, daß sie ohne rechtswidrige Benutzung fremder Grundstücke geschehen können. Das Baden, Viehtränken und Schwemmen setzt indessen zu seiner Ausübung ein Betreten des wasserbedeckten Grundstücks notwendig voraus. Dieses Betreten ist als eine rechtswidrige Benutzung im Sinne des § 59 nicht anzusehen."

Unter der sehr ergiebigen Kritik, die der Entwurf von 1894 von allen Seiten erfuhr, bemerkte der Oberlandesgerichtspräsident in Celle (Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines preußischen Wassergesetzes, S. 294 zu § 59), es bedürfe der Klarstellung, daß im Gemeingebrauch als solchem nicht die Befugnis liege, zu seiner Ausübung auf oder über dem Flußbett Anlagen zu machen. Nach dem Schlußsatz des § 59 „Soweit usw." sei zwar unzweifelhaft, daß ein Anlieger, der nicht Flußeigentümer sei, auf seinem Grundstücke eine den Fluß nicht berührende Anlage zur Ausübung des Gemeingebrauchs errichten dürfe, sowie, daß dritte Personen zu Anlagen auf dem Ufergrundstück nicht berechtigt seien. Gewisse Arten des Gemeingebrauchs hätten aber eine Benutzung auch des Flußbettes zur notwendigen Voraussetzung, diese könne nicht rechtswidrige Benutzung eines fremden Grundstücks sein (Mat. S. 157); die Konsequenz liege nahe, weiter anzunehmen, daß, wenn der Gemeingebrauch in der einen oder anderen Richtung ohne eine Anlage auf oder über dem Bett des Wasserlaufs nicht ausgeübt werden könne, die Befugnis zur Errichtung einer solchen Anlage schon mit dem Recht des Gemeingebrauchs als solchem gegeben sei.

Danach ergibt sich also folgendes: Die Fassung der §§ 59 und 60 zeigt deutlich, daß auf Grund des Gemeingebrauchs die rechtswidrige Benutzung weder der fremden Ufergrundstücke noch des Wasserlaufgrundstücks gestattet ist. Aus der Begründung ist ferner ersichtlich, daß nicht nur von der Benutzung des Wasserlaufs vor fremden, sondern auch vor dem eigenen Ufergrundstück die Rede ist. Denn das notwendige Betreten des Wasserlaufgrundstückes zum Zwecke des Badens usw. geschieht ja gerade vor dem eigenen Ufergrundstück. Da aber die Begründung das Betreten des wasserbedeckten Grundstücks beim Baden, Viehtränken und Schwemmen als eine nicht rechtswidrige Benutzung bezeichnet, könnte man analog dazu annehmen, daß z. B. auch die Errichtung eines Steges zum Zwecke der Ausübung der Schiffahrt keine rechtswidrige Benutzung des Wasserlaufs darstelle. Aus diesem Grunde fordert der Oberlandesgerichtspräsident in Celle Klarstellung darüber, daß die Errichtung von Anlagen im Wasserlauf in keinem Falle durch den Gemeingebrauch gedeckt ist. Dieser Anregung ist der endgültige Entwurf in der Fassung des § 38 WG. vom 7. April 1913 gefolgt und hierauf beziehen sich offensichtlich auch die oben angeführten Worte der Begründung zu § 38 WG.: „Auch zur Errichtung von Anlagen im Wasserlaufe berechtigt der Gemeingebrauch nicht. Zur Vermeidung von Zweifeln ist dies ausdrücklich hervorgehoben.“ § 38 WG. soll also besagen, daß der Anlieger auch vor seinem eigenen Ufergrundstück Anlagen im Wasserlauf auf Grund des Gemeingebrauchs nicht errichten darf.

Dieses Ergebnis stimmt auch mit der Rechtsentwicklung überein. Es mag sein, daß vielfach die Ansicht verbreitet war und ist, daß einfache Anlagen, welche die Ausübung des Gemeingebrauchs erfordert, von diesem Recht mit umfaßt werden (Fleiner § 23 II 1 am Ende). Es mag ferner vielfach vorgekommen sein, daß in Verfolg dieser Ansicht entsprechende Rechte durch Ersitzung erworben sind. Der Gemeingebrauch selbst hat sich jedoch nie und nirgends auf Anlagen im Wasserlauf erstreckt. Es gibt keine Bestimmung in den verschiedenen, das Wasserrecht betreffenden deutschen Gesetzen und Verordnungen, die etwas anderes bestimmen. Nirgends ist dem Anlieger das Recht gegeben, auch nur einen Pfahl zum Festbinden eines Kahns in den Wasserlauf einzuschlagen (vergl. Fischel, Zur Reform des Wasserrechts, S. 188, III, Abschn. 1. Abt.; Vossen, der Gemeingebrauch S. 24; anders für Privatflüsse: vergl. Kloeß, Das deutsche Wasserrecht, S. 199, § 56, 3). Vielmehr ist der Gemeingebrauch vielfach ausdrücklich eingeschränkt auf eine Benutzung des Wasserlaufs „ohne dauernde Vorrichtungen in oder an demselben“ (so § 15 des niederösterr. Landesgesetzes in: Fischel a. a. O. S. 195, III. Abschn. 1. Abt., und Frank-Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate, S. 304 § 62).

IV. Das Verhältnis der Fischereirechte zu den Rechten der Anlieger.

A. Nachdem wir in Teil II die Fischereirechte und in Teil III die einzelnen Rechte der Anlieger betrachtet haben, müssen wir nunmehr das Verhältnis dieser Rechte zueinander untersuchen. Dabei wollen wir die Arten der Anliegerrechte in derselben Reihenfolge wie in Teil III berücksichtigen, also zunächst davon ausgehen, daß ein Anlieger ein Recht zur Errichtung einer Anlage im Wasserlauf nach den §§ 333, 340 WG. erworben hat.

1. Wenn in dem Teil eines Wasserlaufs, in dem ein Anlieger eine Anlage errichtet hat, ein Fischereirecht besteht, so kann man sich leicht vorstellen, daß der Fischereiberechtigte in der Ausübung der Fischerei, zu der auch das Hegen der Fische gehört (§ 4 Abs. 1 FG.), gestört wird. Es soll hier nicht untersucht werden, ob die Fische durch die Anlagen in ihrer Entwicklung gestört, die Laichmöglichkeiten eingeengt oder auf andere Weise den Fischereiberechtigten mittelbar ein Schaden entsteht und wie groß dieser ist (vergl. hierzu Schütt, Diss. Seite 109 ff.). Es mag nur erwähnt werden, daß diese Frage in der Praxis sehr bestritten ist und ihre Beantwortung insbesondere von der Art und Größe der Anlagen abhängt. Wir brauchen aber auch garnicht auf diese biologischen Fragen einzugehen, denn eins kann man unbedenklich feststellen: An dem Platz, an dem die Anlage errichtet worden ist — und sei es nur ein Pfahl zum Anbinden eines Kahnes —, kann die Fischerei nicht in derselben Weise ungestört ausgeübt werden wie vorher. Ein gewisser Nachteil wird also der Fischerei regelmäßig durch die Errichtung einer Anlage im Wasserlauf entstehen. Wie groß dieser Schaden ist, kann hier dahingestellt bleiben.

2. Für die rechtliche Beurteilung kommt es darauf an, ob der Anlieger zur Errichtung der Anlage, die den Fischereiberechtigten schädigt, berechtigt ist. Denn grundsätzlich ist jeder Eingriff in einen fremden Rechtskreis widerrechtlich, wenn ihm nicht eine Befugnis zu diesem Eingriff zur Seite steht, oder wenn er die Grenzen einer vorhandenen Befugnis überschreitet. Die Befugnis kann auf ding=

lichem, familien- oder forderungsrechtlichen, privat- oder öffentlich-rechtlichem Grunde beruhen (RG. JW. 1926, 364 Nr. 2: RGR.-Komm. § 823 Anm. 10). Besteht keine Befugnis zugunsten des Anliegers, so ist dieser, da das Fischereirecht ein Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. ist (RGR.-Komm. § 823 Anm. 9), schadensersatzpflichtig. Ferner würden auch die Voraussetzungen der von der Rechtsprechung unter Anlehnung an die §§ 12, 862, 1004 BGB. entwickelten Klage auf Unterlassung der Störung und ebenso die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben sein, (vergl. RGR.-Komm. Vorbem. zu § 823 ff. 6. I. II. und III, und Simeon-David Bd. 1 2. Hälfte S. 112 § 95 II. 1 Anm. 12). Aber abgesehen davon bestimmt § 18 FG. ausdrücklich: „Ein nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehendes Fischereirecht gilt vom Inkrafttreten des Gesetzes an als ein das Wassergrundstück belastendes Recht. Auf dieses Recht ist der § 1004 des Bürgerlichen Gesetzbuches sinngemäß anzuwenden". Daß man sich hierüber bei Schaffung des Fischereigesetzes klar war, beweist die Begründung zu § 4 FG. (Haus der Abgeordneten. 22. Legislatur-Periode II. Session 1914, Drucks. 260 S. 38): „Er (der Fischereiberechtigte) kann daher auch nicht nur den unbefugten Fang, sondern auch alle anderen ungeeigneten wirtschaftlichen Maßnahmen Dritter, die die Fischerei schädigen, untersagen, es sei denn, daß sie durch gesetzliche Vorschriften, insbesondere solche des Wassergesetzes, gedeckt sind."

Schließlich käme auch ein Anspruch nach den §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB. in Frage (vergl. v. Brauch., Verwaltungs-Ges. f. Pr. III. Bd. § 18, 3).

3. Wenn wir nunmehr untersuchen, ob das nach § 340 WG. verliehene Benutzungsrecht dem Anlieger eine die Widerrechtlichkeit ausschließende Befugnis zur Errichtung der Anlagen gibt, so müssen wir uns daran erinnern, daß gemäß den obigen Untersuchungen (III a) das Nutzungsrecht nur in dem Umfange entstanden ist, als dem Wasserlaufseigentümer selbst das Recht zur Errichtung der betr. Anlagen zustand. Es ist demnach die Frage zu beantworten: Wäre der Eigentümer berechtigt, dieselben Anlagen zu errichten?

4. An sich steht an den Wasserläufen erster Ordnung das privatrechtliche Eigentum in vollem Umfange gem. § 7 WG. dem Staate bezw. nach Artikel 97 Reichsverfassung in Verbindung mit dem Gesetz vom 29. 7. 1921 (RGBl. S. 961) dem Reiche zu. Obwohl das Eigentum des Reiches durch die Reichsverfassung als ursprüngliches begründet worden ist, richtet sich der Umfang des Reichseigentums nach demjenigen des staatlichen. Denn § 15 des Staatsvertrages betreffend den Uebergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 31. März und 26. September 1921 (GS. S. 519 und S. 961; vergl. auch Polizeiverw.-Gesetz vom 1. 6. 31 § 83 Nr. 10 — GS. S. 77) bestimmt, daß die Gesetze und Verordnungen der Länder unbeschadet der Bestimmungen der Reichsverfassung bis zu einer anderweitigen

reichsgesetzlichen Regelung in Kraft bleiben (vergl. Holtz-Kr. Vorbem. V zum WG.).

Aus dem Inhalt des Eigentums ergibt sich die Befugnis, über das Eigentum an dem Wasserlauf als einem wasserbedeckten Grundstück rechtsgeschäftlich, insbesondere durch Veräußerung oder Belastung zu verfügen, den Besitz daran auszuüben, sich verbotener Eigenmacht und sonstiger Beeinträchtigungen des Eigentums zu erwehren (§§ 859 ff., 1004 BGB.), den Wasserlauf zu verändern und vor allem die Nutzungen des Wasserlaufs zu ziehen. Dieses letztere Recht, das also auch die Nutzungen im Sinne von § 333 WG. umfaßt, unterliegt gem. § 40 Abs. 1 WG. den Beschränkungen der §§ 19—23 und der §§ 41—45 WG. Denn § 40 Abs. 2 WG. besagt: „Dies — die Tatsache der Beschränkung — gilt insbesondere von dem Rechte: ...“ und führt drei besondere Benutzungsarten an. Aus dem Wort „insbesondere“, das erst in der Kommission des Abgeordneten-Hauses eingesetzt wurde, ist ersichtlich, daß die Beschränkungen des Abs. 1 des § 40 WG. nicht nur auf diese, sondern auf alle dem Eigentümer zustehenden Rechte sich beziehen sollen (vergl. A. H. Drucks. 606 A. S. 42/43).

Unter III. E. haben wir bereits festgestellt, inwieweit die hier in Frage stehenden Rechte durch die Vorschriften der §§ 19—24 WG. berührt werden. Dabei ist zu beachten, daß § 24 in § 40 Abs. 1 WG. nicht erwähnt ist. Holtz-Kr. (§ 40 Anm. 2) nimmt als selbstverständlich an, daß mit den übrigen „allgemeinen Vorschriften“ der §§ 19 ff. auch § 24 für den Eigentümer gilt. Dem entspricht aber weder die Entstehungsgeschichte des Paragraphen, noch ist in diesem Falle eine Erklärung dafür gegeben, warum § 41 Abs. 1 Ziff. 1 WG. die Verunreinigung des Wassers durch den Eigentümer nochmals regelt. Der § 24 war in dem Regierungsentwurf des Wassergesetzes noch nicht enthalten, ebenso wenig der Hinweis auf die §§ 19 ff. im § 40 Abs. 1 (A.-H. Drucks. 9 A. Entwurf Spalte 8—9 und 11). In den Kommissionsberatungen des Abgeordnetenhauses wurde sodann der jetzige § 24 als § 24a eingefügt und in § 40 die Worte „abgesehen von den in den §§ 20—24 festgesetzten“ Beschränkungen ergänzt. (A. H. Drucks. 606 A. Komm.-Ber. S. 34—36 und 42—43). § 24a wurde eingefügt, da die allgemeine Haftung nach Ansicht der Kommission in schwierigen Fällen unter Umständen nicht den eigentlichen Schuldigen, den Unternehmer einer Anlage, treffe. Aus der Begründung zum Wassergesetz (A. H. Drucks. 9 B. III c Spalte 18) und aus den Ausführungen des Regierungsvertreters zu § 41 in den Kommissionsberatungen (a. a. O.) ist ersichtlich, daß man den Eigentümer nicht den übrigen Benutzern gleich-, sondern teilweise besserstellen wollte. So war insbesondere anfangs beabsichtigt, die Beschränkungen der §§ 41 ff. nur auf die drei in § 41 Abs. 2 angeführten Benutzungsarten zu erstrecken. Man kann also in der Weglassung des Hinweises auf § 24 nicht ein Versehen erblicken. Dies ist um so

weniger anzunehmen, als diese Bestimmung trotz verschiedener formeller Aenderungen in den weiteren Beratungen des Abgeordneten- und Herren-Hauses in bezug auf diesen Punkt gleich geblieben ist (vergl. A. H. Drucks. 611 c S. 13; A. H. Drucks. 819 S. 13; A. H. Drucks. 895 S. 13; A. H. Drucks. 1145 S. 13; A. H. 138. Sitzung vom 21. 2. 1913 Spalte 11805). Die Weglassung des Hinweises auf § 24 WG. ist vielmehr offensichtlich deshalb geschehen, weil bezüglich der Verunreinigung dem Eigentümer in § 41 Abs. 1 Ziff. 1 WG. besondere Beschränkungen auferlegt worden sind.

Die §§ 41—45 WG., auf die ferner im § 40 Abs. 1 WG. verwiesen ist, behandeln die Benutzung des Wasserlaufs durch den Eigentümer. Nach § 41 WG. darf der Eigentümer durch die Benutzung zum Nachteil anderer weder die Vorflut ändern, noch das Wasser verunreinigen, noch den Wasserstand derartig verändern, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigt oder fremde Grundstücke beschädigt werden, noch die einem anderen obliegende Unterhaltung von Wasserläufen oder ihrer Ufer erschwert werden. Dabei kommen gemäß Abs. 2 des § 41 geringfügige Nachteile nicht in Betracht. Wir haben bereits oben (III. E.) festgestellt, daß es kaum denkbar ist, daß durch die hier in Frage stehenden Anlagen das Wasser verunreinigt werden kann. Dasselbe gilt bezüglich der Erschwerung der Unterhaltung der Wasserläufe und der Ufer. Auf jeden Fall würde es sich nie um mehr als „geringfügige" Nachteile handeln, die gem. § 41 Abs. 2 WG. nicht in Betracht kommen. Zur Herbeiführung der übrigen Nachteile des § 40 Abs. 1 WG. sind die Anlagen ebenfalls nicht geeignet.

Die §§ 42, 43 WG. beziehen sich auf Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung und § 43 WG. betrifft die Benutzung durch die Eigentümer mehrerer aneinander grenzenden Teile eines Wasserlaufs. § 45 WG. regelt die Entschädigung des Eigentümers für die verschiedenen ihm auferlegten Beschränkungen.

Eine Beschränkung des Eigentümers ergibt sich schließlich, ebenso wie für alle anderen Benutzer des Wasserlaufs, aus der Bestimmung desselben zum Gemeingebrauch. Denn diesen darf gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 WG. niemand hindern. Ihrer Natur nach dürften aber die Anlagen, welche gerade die Ausübung des Gemeingebrauchs ermöglichen sollen, in der Regel zu unbedeutend sein, um andere in der Ausübung desselben zu hindern.

Wir können also feststellen, daß die Anlagen im Sinne von § 333 WG. weder von den dem Eigentümer, noch von den allgemeinen- allen Benutzern auferlegten Beschränkungen des WG. berührt werden.

5. Damit ist aber noch nicht die Frage bejaht, die wir zu beantworten haben, ob der Wasserlaufeigentümer zur Errichtung der Anlagen berechtigt ist. Denn es besteht die Möglichkeit, daß der Eigentümer gelegentlich der Verleihung der Fischereirechte oder bei einer

anderen Gelegenheit sich der Rechte zur Errichtung der Anlagen bereits begeben hat. Es ist für unsere Untersuchungen unerheblich, ob wir die Fischereirechte und Benutzungsrechte als einen Ausfluß des Eigentums auffassen, oder mit Wolff (§ 81 Anm. 9) die Fischerei als ein „besonderes Recht" neben dem Eigentum betrachten, das als Bestandteil des Wassergrundstückes (§ 96 BGB.) dem jeweiligen Eigentümer zusteht. Denn auf jeden Fall standen früher, wie wir weiter unten sehen werden, das Fischereirecht und die übrigen Rechte einschließlich des Rechtes zur Errichtung der fraglichen Anlagen einmal dem Staate zu. Falls dieser das letztere auf die Fischereiberechtigten übertragen bezw. auf dasselbe verzichtet hat, ist er — und damit auch der Anlieger — zur Ausübung desselben nicht mehr berechtigt. Es wäre denkbar, daß ausnahmsweise in einzelnen Fällen der Eigentümer sich der betreffenden Rechte auch anderen, z. B. den Schilf- und Rohrnutzungsberechtigten, gegenüber begeben hätte. Auch in diesem Falle würde der Eigentümer bezw. der Anlieger „nicht berechtigt" sein. Von solchen, im Einzelfall besonders zu beweisenden Möglichkeiten können wir jedoch in unseren Untersuchungen absehen. Es ist also die Frage zu beantworten: Hat der Eigentümer des Wasserlaufs gelegentlich der Verleihung der Fischereirechte sein Recht zur Errichtung von Anlagen im Sinne von § 333 WG. mitverliehen oder darauf verzichtet?

Zu diesem Zwecke müssen wir uns zunächst den Rechtszustand zur Zeit der Entstehung der Fischereiberechtigungen vergegenwärtigen und sodann deren Entstehung selbst betrachten. Wenn wir hierbei zu einem Ergebnis gelangt sind, müssen wir mit diesem den Standpunkt der Literatur, der Rechtsprechung und der Gesetzgebung und schließlich die wirtschaftliche Seite des Ergebnisses vergleichen.

6. Etwa seit dem 12. Jahrhundert entwickelte sich die Anschauung, daß dem Könige die sogenannten „jura regalia", „regalia" oder die „Regalien" zustanden. Anfangs umfaßte dieser Begriff sowohl die Hoheitsrechte als auch die dem Könige zustehenden Vermögensrechte. Mit der Erstarkung der Landeshoheit in den einzelnen Gebieten Deutschlands gingen die Regalien allmählich mehr und mehr auf die Landesherren über. Die Regalien wurden daher großenteils von den Landesherren an natürliche und juristische Personen, entgeltlich und unentgeltlich verliehen bezw. durch Verträge veräußert (Scheele, Das Preuß. Wasserrecht, S. 83 § 17). Da jedoch viele dieser Rechte bereits seit langem im Besitz von Städten, Klöstern und anderen juristischen und auch natürlichen Personen waren, nahm man an, daß diese Rechte zwar grundsätzlich dem Landesherrn zustanden, die Verleihung jedoch durch unvordenklichen Besitz oder die nachträglich erteilten Privilegien ersetzt werde. Als mit der Zeit sowohl die Machtfülle als auch die Geldbedürfnisse des Staates stiegen, vermehrte sich auch die Zahl und der Umfang der Regalien und schließlich nahm der Staat an den öffentlichen Sachen, insbesondere an

den öffentlichen Wasserläufen, sämtliche Rechte für sich in Anspruch. Die Ausbildung des Fischereirechtes zum Staatsregal vollzog sich in der Zeit der Karolinger bis zu den Staufern und findet einen gewissen Abschluß in der „ronkalischen Konstitution“ Friedrichs I. vom Jahre 1158, wonach die Fischerei in den öffentlichen Flüssen, soweit nicht anderweitig seitens des Reichs darüber verfügt war, im Zweifel allgemein als Regal des Landesherrn galt (Bestehorn, Archiv f. Fischereigeschichte, Heft 1 S. 15; Heusler, Institutionen d. Dt. Privatr. Bd. I S. 368 ff.). Durch die goldene Bulle (1356) wurden sodann schließlich alle wichtigen Regalien vom Reich auf die Kurfürsten übertragen. Daran ändert nichts die Tatsache, daß wiederum nach dem Preußischen Landrecht vom 27. Juli 1721 (Buch III. Tit. I, Art. III § II) die Fischerei grundsätzlich frei und gemein war, „also daß sich derselben jedermann mit Fischen im Wasser oder an den Ufern . . . unverwehret wohl gebrauchen möchte“. Denn es war ausdrücklich gesagt, daß es da, wo durch Privilegien oder Herkommen etwas anderes eingeführt war, sein Bewenden behalten sollte (vergl. RG. 105, 186). Nach dem Allgemeinen Landrecht von 1794 (§ 21 II 14) standen, wie im Abschnitt IV A 9 noch im einzelnen ausgeführt werden wird, die öffentlichen Flüsse im gemeinen Eigentum des Staates und die Nutzungen dieser Flüsse einschließlich der Fischerei gehörten zu den Regalien des Staates (§ 38 II 15, § 73 II 15 ALR.; vergl. RG. 32, 238).

Mit der Ausbildung des Begriffs der Souveränität, der sich im 16. Jahrhundert entwickelte, ging sodann eine Teilung des Begriffes der Regalien einher. Man unterschied die höheren Regalien, die regalia majora oder essentialia, die eigentlichen Hoheitsrechte des Staates, und die niederen Regalien, die regalia minora oder accidentalia, die Vermögensrechte des Staates. In diesem Sinne spricht auch das Allgemeine Landrecht in den §§ 21 ff. II 14 von niederen Regalien. In der neueren Zeit wurde der Begriff der Regalien weiter eingeschränkt, indem man den Unterschied zwischen den Hoheitsrechten und den nutzbaren, den Vermögensrechten des Staates scharf herausarbeitete (vergl. OVG. vom 20. 3. 30 in Preuß. Verw. Bl. 51 S. 823). Schließlich wurden auch die fiskalischen Rechte, die der Staat auf Grund eines privaten Rechtsgeschäftes als gewöhnliche Privatrechte erworben hat, abgespalten. Als Regalien betrachtet man demnach heute nur noch diejenigen Nutzungsrechte, die nach öffentlichem Recht ausschließlich dem Staat zustehen (vergl. Gierke, Dt. Privatrecht, II. Bd. § 124 I und II; OVG. in Ztschr. f. Agrar- und Wasserr. 15. Bd. 1931 S. 329 ff.). Auch zu den Regalien in diesem engsten Sinne gehören also gemäß den Ausführungen unter IV A 4 (am Anfang) als Ausfluß des öffentlichen Rechts die Fischereirechte.

Die eben dargestellte Rechtsentwicklung hat sich in Deutschland und auch innerhalb der heutigen preußischen Grenzen nicht einheitlich abgespielt. Insbesondere im Wasserrecht, das uns hier allein interessiert, waren einzelne Landesteile im Verhältnis zu anderen

in den Entwicklungsstufen teilweise um Jahrhunderte voran oder zurück. Da die Verschiedenheiten aber nur zeitliche waren, können wir im folgenden von der Feststellung ausgehen: Ein Privateigentum des Staates an den Wasserläufen, wie es das Wassergesetz geschaffen hat, kannten die früheren Rechte nicht. Bevor sich die Regalien entwickelten, standen die Nutzungen der Wasserläufe teils der Allgemeinheit, teils — rechtlich oder tatsächlich — einzelnen juristischen oder natürlichen Personen zu. Allmählich riß sodann der Staat die einzelnen Nutzungen an sich, bis ihm diese an den schiffbaren Wasserläufen ausnahmslos als Regalien gehörten. In dieser Zeit wurden die bereits bestehenden Rechte anderer, wie im vorigen Abschnitt ausgeführt, teils bestätigt, teils durch neue Verleihungen vermehrt.

Bei dem Regal selbst kann man mit Gierke (a. a. O. § 124 III 2) drei Bestandteile unterscheiden: Regalhoheit, Regalherrlichkeit und Regalnutzung. Neben und über dem Regal steht das Hoheitsrecht des Staates. Da dieses unveräußerlich ist, wird es durch eine Verleihung nicht berührt (Seuff. Arch. 41 Nr. 112). Daraus ergibt sich die Einschränkung des verliehenen Rechts, daß der Berechtigte sich alle die Eingriffe des Staates entschädigungslos gefallen lassen muß, die auf Grund des Hoheitsrechtes erfolgen. So hat das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung im 54. Band Seite 265 ausgeführt, daß der Staat mit der Verleihung eines Fischereiprivilegs sich nicht der Rechte begeben hat, „welche die Grundlagen für die Erfüllung seiner durch die öffentliche Bestimmung des Stromes gegebenen Pflichten bilden.“ Das Reichsgericht führt diese Beschränkung zwar nicht, wie es in der obenerwähnten Entscheidung (Seuff. Arch. 41 Nr. 112) in einem sachlich und rechtlich gleichliegenden Fall geschehen ist, ausdrücklich auf die Regalhoheit zurück, meint aber offensichtlich dasselbe, wenn es den Satz aufstellt: „daß der König, der in Privatrechte nicht habe eingreifen wollen, noch viel weniger das allgemeine Staatswohl zu beeinträchtigen gewillt gewesen sei.“ Er sei sich bei Erteilung des Fischereiprivilegs der Hauptbestimmung des öffentlichen Stromes bewußt gewesen und habe daher das Privileg nur mit einer entsprechenden Einschränkung erteilt. Eine Entschädigung billigt das Reichsgericht den Fischereiberechtigten auf Grund des § 75 Einl. z. ALR. nur dann zu, wenn es sich im Interesse des öffentlichen Wohls nicht lediglich um eine Beeinträchtigung handelt, sondern die Fischerei z. B. durch Trockenlegung eines ganzen Flußarmes auf dieser Strecke ohne einen Ausgleich völlig unterbunden wird.

Die gleiche stillschweigende Einschränkung hat das Reichsgericht mit derselben Begründung bei einem auf Erbpachtvertrag beruhenden Fischereirecht angenommen (Schultz, 5, 91) und hat ferner (Schultz, 10, 128) ausgeführt, daß selbst ein ersessenes Fischereirecht diesen Beschränkungen unterworfen ist, es sei denn, der Berechtigte könne nachweisen, daß der Staat auf seinen Widerspruch hin in der Er-

sitzungszeit von Maßnahmen Abstand genommen hätte, die ihm im Interesse des öffentlichen Wohls oblagen (ebenso: Schultz 11, 132 und 312).

Der zweite Bestandteil der Regalien ist die Regalherrlichkeit. Diese stellt sich rechtlich als der Inbegriff sämtlicher zu dem Regal gehörenden, ausschließlich dem Staate zustehenden Rechte dar.

Als dritter Bestandteil ergibt sich die Regalnutzung. Diese ist übertragbar, und zwar sowohl als Personal- wie als Realrecht. Die Uebertragungen der Nutzungen kann durch Verleihung, Verpachtung und durch Verjährung erfolgt sein. Bei den Fischereirechten war die Verleihung üblich, die durch Aushändigung eines „Privilegs" vollzogen wurde. Aber auch die bereits bestehenden Fischereirechte wurden gewöhnlich durch ein „Privileg" bestätigt. Wenn in der neueren Literatur (vergl. Dehms, Diss. S. 34 und die dort angegebenen Schriftsteller) das Fischereirecht im preußischen Recht lediglich als ein Ausfluß des privatrechtlichen Eigentums des Staates angesehen und daher die Begriffe der Regalhoheit, der Regalherrlichkeit und der Regalnutzung für nicht anwendbar erklärt werden, so interessiert uns diese sehr bestrittene Frage hier nicht, da es uns nur auf die zur Zeit der Verleihung der Fischereirechte herrschenden Rechtsanschauungen ankommt.

7. Nachdem wir uns im vorigen Abschnitt die der Entstehung zugrunde liegenden rechtlichen Verhältnisse vergegenwärtigt haben, müssen wir wieder an die Frage herantreten, in welchem Umfang die Fischereirechte verliehen worden sind. Der Umfang kann sich nur aus dem wörtlichen Inhalt der Privilegien und aus dem Sinn der Erklärung ergeben. Den Wortlaut der Urkunden und den Sinn der in ihnen liegenden Erklärungen können wir nur dann verstehen, wenn wir von den im vorigen Abschnitt betrachteten Rechtsanschauungen ausgehen, die zu der Zeit herrschten, als die Landesherren die Privilegien erteilten bezw. bestätigten (so auch Striethorst Arch. 6, 14). Dieser Zeitpunkt ist nicht nur für die von den Landesherrn neu verliehenen oder bestätigten Rechte maßgebend. Sondern auch bei den Fischereirechten, die durch „unvordenklichen Besitz" (Ersitzung) entstanden waren, können wir von dem entsprechenden Zeitpunkt ausgehen, in dem durch den Landesherrn die Rechte als bestehend anerkannt wurden. Denn die früheren Verhältnisse konnten nur auf den örtlichen Umfang (Größe des Gebiets) und die Art der Ausübung der Fischerei (Groß- oder Kleinfischerei, Fangmittel) Einfluß haben. Für die für unsere Untersuchung allein ausschlaggebende Frage des Umfanges im Verhältnis zu den anderen Rechten am Wasserlauf ist allein die damals herrschende Theorie über die Regalien maßgebend. Der „unvordenkliche" Besitz wurde nur als ein Ersatz für die Verleihung angesehen und die auf diesem Wege entstandenen Rechte hatten auch nur im Rahmen der Vorstellung von den „Regalien" und den von diesen abgeleiteten „Regalnutzungen" Bestand. Wir können

also unter Vernachlässigung der verschiedenen Möglichkeiten der Entstehung der Fischereirechte davon ausgehen, daß der Landesherr vermittels einer Willenserklärung aus seiner Regalherrlichkeit die Fischereirechte als Regalnutzungen abgespaltet und auf die Berechtigten übertragen hat. Diese Willenserklärung gilt es also auszulegen.

a) Es läge an sich nahe anzunehmen, daß der Umfang der Fischereirechte aus den Urkunden, die bei Verleihung und Bestätigung der Fischereirechte von den Landesherrn ausgestellt wurden, den sogenannten „Privilegien" ersichtlich wäre.

Obwohl die Fischereiprivilegien, die uns in großer Zahl überliefert sind (vergl. Bestehorn, Arch. f. Fischereigesch., Heft 1 S. 1 ff.), nach Form und Inhalt sehr verschieden sind, kann man im allgemeinen doch folgendes feststellen: Die Urkunden sind sämtlich vor dem Ende des 18. Jahrhunderts, also vor dem Erlaß des Allgemeinen Landrechtes ausgestellt. Sie beschränken sich gewöhnlich darauf, den Fischern eines bestimmten Gebiets oder einer Fischerinnung oder anderen Personen für bestimmte Gewässer die Gerechtigkeit zu bestätigen oder zu verleihen: zu fischen, „als sie es von alters getan und gehabt haben" (Privileg der Fischerinnung von Crossen von 1472, bestätigt 1714). Als Gegenwert wurden vielfach Dienstleistungen und Abgaben gefordert. Neben Vorschriften über die Art der Fanggeräte und über andere hier nicht interessierende Einzelheiten findet sich meistens noch der Vorbehalt, das Privileg abzuändern oder aufzuheben, oder die Worte: „an unseren und sonsten jedermänniglich an seinen Rechten ohne Schaden" (Schultz 13, 85). Ueber den Umfang der Fischereirechte im Verhältnis zu anderen Rechten am Wasserlauf ist gewöhnlich nichts gesagt. Aus der allgemeinen Bestimmung, die sich bisweilen in den Urkunden findet, daß niemand die Fischerei stören solle, läßt sich für den Umfang der Rechte genau so wenig entnehmen wie aus den Worten: „es wäre denn, daß jemand ein beständiges ius prohibendi dazutun vermöchte" (Privileg der Fischerinnung von Crossen). Erstere besagt nur, daß sich die Fischer, soweit ihre Rechte reichen, gegen Angriffe Dritter wehren können; letztere bestätigt, daß durch die Verleihung der Fischereigerechtigkeiten fremde Rechte nicht eingeschränkt werden sollen. Aus dem Vorbehalt, das Privileg abzuändern oder aufzuheben, kann nicht geschlossen werden, daß sich der Staat *jede* Beschränkung entschädigungslos vorbehalten hat und daß daher das Fischereirecht jedem Rechte nachgehen müßte, das nachträglich verliehen wurde. Diese Auslegung würde dem Zweck der Verleihung, die doch gerade den betreffenden Fischern ihre Rechte dauernd sichern sollte, völlig widersprechen. Der Vorbehalt bezieht sich vielmehr auf Eingriffe, die im Interesse des allgemeinen Wohls, insbesondere zur Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs erforderlich sind (so auch Schultz 13, 85). Dieser Vorbehalt sagt also nichts, was sich nicht bereits aus der Regalhoheit ergibt (vergl. oben IV. A. 6).

b) Da der Wortlaut der Verleihungen keinen Anhalt gibt, müssen wir die Willenserklärungen an Hand der ihnen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse und Rechtsanschauungen auslegen, also die Frage beantworten: Was meinte der Landesherr mit „Fischereiberechtigung?" Wollte er ein Recht verleihen, das allen anderen ihm selbst zustehenden Nutzungsrechten vorging, oder ein Recht, neben dem seine übrigen Rechte erhalten blieben? Der Staat (Landesherr) besaß, wie wir gesehen haben, alle Nutzungsrechte am Wasserlauf als Regal, also außer dem Fischereirecht noch: die Schilf- und Rohrnutzung, die Nutzungen durch Entnahme von Sand, Kies, Steinen, Wasser und Eis, das Fähr- und Brückenregal und andere, sowie schließlich das Recht zur Errichtung von Anlagen im Wasserlauf (vergl. Holtz-Kr. § 7 Vorbem. B. 3 und § 40 Vorbem. A. und § 26 Anm. 7). Es liegt in der Natur des Wassers, daß eine unbeschränkte Nutzung einer dieser Rechte, die Nutzung der übrigen vielfach behindert. Auch die Fischerei kann durch die meisten der anderen Rechte beschränkt werden und ebenso diese beschränken. Die einzelnen Rechte am Wasserlauf können demnach nur dann nebeneinander bestehen, wenn sie mit Rücksicht auf die übrigen nach Billigkeit soweit beschränkt sind, daß die übrigen daneben bestehen können. Diese Beschränkung muß man daher als die Regel ansehen. Das Reichsgericht (Bd. 16 S. 180) drückt diesen Gedanken für einen ähnlichen Fall mit den Worten aus: „Bei der Kollision mit privatrechtlichen Interessen, . . . muß das Prinzip den Ausschlag geben, daß die Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit des Gebrauchsrechts des einen Eigentümers ihre notwendige Begrenzung findet in der dem anderen Eigentümer ebenfalls zustehenden Ausschließlichkeit und Willkürlichkeit". Ohne dem späteren Eingehen auf das Wassergesetz vom 7. 4. 1913 vorzugreifen, mag an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß dieses Gesetz gerade in Erkenntnis dieser Schwierigkeiten, die sich aus der Natur des Wassers ergeben, ein besonderes Ausgleichsverfahren geschaffen hat (WG. §§ 87 ff.). Auch im Allgemeinen Landrecht (Einl. § 97) ist — allerdings nicht für das Wasserrecht besonders, aber allgemein — derselbe Grundsatz ausgedrückt:

> Sind die in Collision kommenden Rechte von gleicher Beschaffenheit, so muß jeder der Berechtigten, von dem seinen soviel nachgeben, als erforderlich ist, damit die Ausübung beider zugleich bestehen könne.

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch § 1024 hat dieser Grundsatz seinen Niederschlag gefunden.

Es ist kein ersichtlicher Grund vorhanden, warum dieser Grundsatz nicht auch bei den Fischereirechten Anwendung finden muß. Wir müssen also notwendigerweise davon ausgehen, daß auch das Fischereirecht mit dieser Beschränkung verliehen worden ist und daß ein stillschweigender Verzicht in dem Sinne, daß vor den Fischereirechten die

übrigen, diese behindernden Nutzungsrechte zurücktreten müßten, nicht vermutet werden kann. Es könnte sich also nur darum handeln, daß der Staat bei der Verleihung ausdrücklich bestimmte, der Ausübung der Fischerei hinderliche Nutzungsrechte mitverleihen oder auf diese zu Gunsten der Fischereiberechtigten verzichten wollte, und zwar mindestens insoweit, als sie der Fischerei hinderlich sein könnter. Da aber fast alle Nutzungsrechte der Fischerei irgendwie hinderlich sind, müßten wir entweder einen stillschweigenden Verzicht auf alle diese Rechte oder einen ausdrücklichen Verzicht auf das uns interessierende Recht zur Errichtung von Uferanlagen nachweisen.

Eine ausdrückliche Einschränkung bezüglich der Uferanlagen ist in keinem Privileg und auch in keiner gesetzlichen Bestimmung zu finden und ein Grund dafür, daß der Staat stillschweigend fast alle seine Nutzungsrechte aufgeben oder beschränken wollte, ist nicht ersichtlich. Dies würde auch ganz dem oben erwähnten Bestreben des Staates widersprechen, die Regalien an sich zu reißen. Der Staat tat dies, um aus sämtlichen Regalnutzungen Einnahmen zur Erfüllung seiner vermehrten Aufgaben zu erzielen. Es würde daher dieser Absicht widersprochen haben, wenn er die Ausübung aller übrigen am Wasserlauf bestehenden Nutzungen hätte ausschließen oder beschränken, diese Nutzungen also hätte wertlos machen wollen.

Auch für die Erwägung, daß möglicherweise nur auf die der Fischerei besonders schädlichen Rechte verzichtet werden sollte, ist eine Begründung nicht ersichtlich. Sie könnte auch für unsere Untersuchung nicht ausschlaggebend sein. Denn es kann nicht behauptet werden, daß die Uferanlagen in jedem Fall (z. B. ein Pfahl im Wasser zum Festmachen eines Kahnes) im Verhältnis zu anderen Nutzungen besonders schädlich seien. Vielmehr dürften die meisten anderen Nutzungen in demselben Maße die Möglichkeit in sich tragen, die Fischerei zu hindern.

Ein allgemeines Vorrecht der Fischerei läßt sich auch nicht aus der Tatsache herleiten, daß die Fischerei vielfach ähnlich dem Jagdrecht als ein selbständiges Recht des Staates neben seinem allgemeinen an den Wasserläufen bestehenden Regalrecht aufgefaßt wurde (vergl. Ronkalische Konstitution von 1158: „regalia sunt viae publicae, flumina navigabilia, piscationum redditus“ und Buchenberger, Fischereir. S. 1). Denn selbst wenn man von dieser Annahme ausgehen wollte, so wäre doch noch nichts dafür dargetan, daß die Nutzungen des einen Regals den Nutzungen des anderen Regals vorzugehen hätten. Vielmehr würden auch unter diesem Gesichtspunkt die oben angestellten Ueberlegungen maßgebend bleiben.

Gerade aus der Tatsache, daß sowohl das Jagd- wie das Fischereirecht besondere Bestimmungen kennt, durch welche andere Rechte zu ihren Gunsten beschränkt werden, läßt sich ersehen, daß ein allgemeines Vorrecht derselben nicht besteht. So bestimmt z. B. § 60 II 16 ALR. für das Jagdrecht:

Ohne besondere Erlaubnis des Staates darf niemand verzäunte Gehege zum Schaden der Nachbarschaft und Hemmung des Wildwechsels errichten; Einsprünge anlegen; oder die Grenzen nächtlich verlappen.

Und für das Fischereirecht geben genaue Vorschriften, zum Beispiel für das Nachteilrecht, die §§ 178 ff. I 9 ALR., und wegen des Betretens der Ufer usw. die §§ 13 ff. FG. Eine allgemeine Vorschrift, nach der die übrigen Rechte zurückzutreten hätten, ist jedoch weder für das Jagd-, noch für das Fischereirecht vorhanden.

Nun gilt zwar der Satz, daß die Ausnutzung jedes Nutzungsrechtes insoweit beschränkt ist, als sie die Ausübung der übrigen Nutzungsrechte ausschließen würde, auch für das Recht auf Errichtung der Anlagen im Wasserlauf. Eine soweit gehende Einwirkung dürfte jedoch bei den uns interessierenden Anlagen in der Praxis kaum je vorkommen, denn einerseits erstrecken sich die Anlagen gewöhnlich nur auf einen kleinen Bruchteil der Wasserfläche und andererseits ist durch die polizeilichen Schutzvorschriften (vergl. unten IV. A. 10 a) weitgehende Vorsorge zum Schutz der Fischerei getroffen. Die durch die Anlagen verursachten Störungen dürften demnach niemals so stark sein, daß sie die Ausübung der Fischerei ausschließen. Sollte dies unter besonderen Umständen dennoch einmal der Fall sein, so würde allerdings der Umfang des Nutzungsrechts insoweit teilweise beschränkt sein.

c) Zusammenfassend können wir demnach folgendes Ergebnis feststellen: Dem Staat standen zur Zeit der Verleihung der Fischereirechte sämtliche Nutzungen an den Wasserläufen zu. Die einzelnen Nutzungsrechte sind entsprechend der Natur des Wassers soweit beschränkt, daß alle übrigen in gleicher Weise daneben ausgeübt werden können. Ein Verzicht oder eine Beschränkung zu Gunsten des Fischereirechtes ist nicht erklärt. Der Staat hat sich seiner übrigen Nutzungsrechte, also auch des Rechtes zur Errichtung von Anlagen im Wasserlauf, gelegentlich der Verleihung der Fischereirechte nicht entäußert. Er ist demnach berechtigt geblieben, diese Nutzungen entweder selbst auszuüben oder auf andere zu übertragen.

8. In der gesamten, sehr umfangreichen fischereirechtlichen Literatur findet sich keine Antwort auf die Frage nach dem Umfang der Fischereirechte im Verhältnis zu dem Wasserlaufeigentum und den übrigen Nutzungsrechten. Lediglich in fischereiwirtschaftlichen Zeitschriften wird verschiedentlich der Standpunkt vertreten, daß die Fischereirechte allen anderen Nutzungen vorgingen. Da aber diese Behauptungen stets ohne jede rechtliche Begründung nur unter Hinweis auf die „verbrieften Rechte“ aufgestellt werden, kann auf sie hier nicht eingegangen werden.

Die Rechtsprechung hat sich dagegen des öfteren mit dieser Frage beschäftigt. Insbesondere hat das Kammergericht eine Reihe von

Klagen der Fischerinnungen gegen Wasseranlieger, welche Anlagen im Wasserlaufe errichtet hatten, entschieden und stets, sofern die Prozeßvoraussetzungen gegeben waren, die Anlieger zur Beseitigung der Anlagen oder zum Schadensersatz verurteilt (KG. Urteil vom 21. 9. 26 in Wasserkraft und Wasserwirtschaft 1927, 65; Urteil vom 28. 4. 30. — 19. U. 1338/30/17 in Zeitschr. f. Agrar- und Wasserr. Bd. 17 S. 222; Urteil v. 7. 7. 31 2. U. 14670/30; Urteil vom 22. 2. 32 — 2. U. 11496/31). In diesen Entscheidungen führt das Kammergericht aus, daß die in früherer Zeit verliehenen Rechte durch die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht berührt werden, daß sie nach wie vor geschützt werden und daß derjenige, der sie verletzt, Schadensersatz nach § 823 BGB. zu leisten habe. In dem Urteil vom 2. 2. 32, in dem das Kammergericht auf Beseitigung eines ganzen Bojenfeldes erkannt hat, meint es nebenher, der Wasserlaufeigentümer sei den Fischereiberechtigten gegenüber beschränkt (§ 903 BGB.) und in dem Urteil des 19. Senats vom 28. 4. 30 heißt es nur: „daß die Zedenten (Fischereiberechtigten) sich nach dem Inhalt der Privilegien die Einschränkungen gefallen lassen müßten, die die Anlagen der Beklagten zur Folge haben, hat die Beklagte selbst nicht behauptet". Mit Ausnahme dieser, ohne Begründung aufgestellten Sätze geht das Kammergericht leider nicht auf die allein maßgebende Frage ein, ob die Fischereirechte überhaupt jemals mit einem solchen Umfang bestanden haben, daß die Errichtung der betreffenden Anlagen sich ihnen gegenüber als „nichtberechtigte" darstellen. Diese Frage ist lediglich m. W. einmal vom Kammergericht in einer Entscheidung des Zivilsenats Abt. I (E. 622/12) vom 14. 12. 1874 behandelt und in dem oben (IV. A. 7 c) vertretenen Sinne entschieden worden. Das Urteil ist ergangen in Sachen der Fischerinnung zu Werder gegen die Aktienbrauerei-Gesellschaft, vorm. Hoffmann, zu Werder. Da das Urteil m. W. nirgends veröffentlicht ist, soll sein Inhalt im wesentlichen wiedergegeben werden:

In den Gewässern der Havel bei Werder, in denen der Klägerin das Fischereirecht zustand, hatte die Beklagte im Winter des öfteren Eis entnommen. Da durch die entstandenen offenen Stellen die Klägerin beim Fischfang mit dem großen Garn behindert worden war, verlangte sie Schadensersatz und Feststellung, daß die Beklagte sich der Eisentnahme zu enthalten habe. In dem ersten Rechtszuge wurde die Klage abgewiesen mit der Begründung, daß Eis als gefrorenes Wasser diesem gleich zu stellen sei und daher gem. § 14 II 15 ALR. jedermann zum Gebrauch des Flußwassers auch in dieser Form berechtigt sei. Gegen diese Entscheidung wandte sich die Berufung der Klägerin mit der Begründung, daß § 44 II 15 ALR. den flüssigen Zustand des Wassers voraussetzte. Es sei zwar zuzugestehen, daß zum Zwecke der Ausübung des Rechts aus diesem Paragraphen (also des Gemeingebrauchs) das Eis geöffnet werden könne, die Beklagte öffne jedoch das Eis, um es fortzuschaffen, da dessen Wert gerade darin läge,

daß es nicht Wasser sei. „Klägerin beanspruche durchaus kein Aneignungsrecht an dem Eise; auch ohne ein eigenes Aneignungsrecht werde sie durch widerrechtliche Aneignung des Eises seitens eines Dritten beschädigt“.

Demgegenüber führte die Beklagte aus, die Fischereiberechtigung gewähre der Klägerin höchstens die Ausschließlichkeit der Fischerei in den betreffenden Teilen des Flusses, schließe aber durchaus nicht jede anderweitige Benutzung des Flusses, welche irgendwie störend auf die Fischerei einwirken könne, aus. Sonst müßte auch die Schiffahrt derselben Einschränkung unterliegen. Das Kammergericht hob das erstinstanzliche Urteil auf und gab der Klage teilweise statt, da es ein allgemeines Recht auf Eisnutzung nach § 44 II 15 ALR. verneinte:

„Die Klage gründet sich nicht auf ein Recht zur Aneignung des Eises, sondern auf die Fischereigerechtigkeit der Klägerin, welche durch die Zerstörung und Fortnahme der Eisdecke sich in Ausübung ihrer Gerechtigkeit geschädigt erachtet. Ist dies der Fall, dann kann sie jedem, der zur Entnahme des Eises nicht berechtigt ist, das Aufhauen und Wegnehmen des Eises verbieten, ohne selbst ein Aneignungsrecht am Eise zu haben. Unter diesen Voraussetzungen ist sie daher auch zur Klage legitimiert. Sie ist nicht gehalten, die Schädigung ihrer Fischereigerechtigkeit durch unberechtigte Handlungen gestatten zu müssen. (Es folgt Erörterung der Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien)“.

„Die Klage geht nun auf Grund der Fischereiberechtigung der Klägerin auf Untersagung der Beeinträchtigung derselben durch Eishauen und Eisabfahren und auf Schadensersatz, ohne daß die Klägerin für sich ein ausschließliches Recht auf Eis prätendiert. Ihr gegenüber ist es gleichgültig, ob die Potsdamer Fischerinnung ebenfalls das Recht hat, in den Werder'schen Gewässern zu fischen; ließe diese sich Beeinträchtigungen gefallen, so würde dies die Klägerin nicht hindern, ihr Fischereirecht zu wahren. Als wesentlich kommt vielmehr zunächst nur die Frage in Betracht, ob die Verklagte auf dem Havelstrom und den angrenzenden Gewässern Eishauen und -abfahren dürfe, und dies eine gesetzlich gestattete Handlung der Verklagten ist?“.

„In dieser Beziehung kann der Ansicht des ersten Richters, welche der Verklagten eine solche Befugnis zuspricht, nicht beigepflichtet werden. Denn wenn auch demselben zuzugeben ist, daß die Havel ein öffentlicher Strom und eine öffentliche Wasserstraße und das Eis gefrorenes Wasser ist, so ist doch keineswegs, wie derselbe sagt, selbstverständlich jedem unverwehrt, unbeschränkt aus der Havel Eis zu entnehmen. Der § 44 Teil II Titel 15 Allgemeinen Landrechts gibt an öffentlichen Flüssen nur den Gebrauch des Flußwassers, d. h. des in einem Flusse fließend befindlichen Wassers frei, da dort die Aneignungs- und Benutzungsbefugnis näher als „Schöpfen, Baden,

Tränken“ bezeichnet wird. Eis dagegen ist vermöge seines veränderten Aggregatzustandes eben nicht Wasser, ist vielmehr als eine Nutzung des Stromes anzusehen, § 38 a. a. O. und als solche nur dem Eigentümer desselben zuständig. Es ist Handelsartikel geworden. Wenn, wie die Beklagte einwirft, zur Gewinnung des Wassers oder zur Schiffahrt die Eisdecke durchbrochen wird, so geschieht dies nur als Mittel zur Erreichung eines erlaubten Zweckes, nicht zur Aneignung. Die Klägerin kann aber, wie schon erwähnt, ähnlich wie der Eigentümer, von dem sie ihr Fischereirecht ableitet, jeder unberechtigten Einwirkung auf die Flußoberfläche, somit auch der Unbefugten Zerstörung der Eisdecke durch Fortnahme des Eises entgegentreten, insofern ihr, als der Fischereiberechtigten, dadurch Nachteil erwächst. Selbstverständlich reicht dieses Recht nur soweit, als nicht ein selbständiges Recht auf Eisgewinnung einem Dritten zusteht. — “

„Fiskus insbesondere hat durch die Einräumung der Fischereigerechtigkeit seine Berechtigung zur Entnahme von Eis aus der Havel, einem öffentlichen Flusse, nicht aufgeben. Und wenn der Beklagten etwa vom Fiskus die Befugnis zur Entnahme von Eis aus der Havel eingeräumt gewesen wäre, so würde damit die Sachlage eine andere geworden sein. Ein solcher Fall liegt aber jetzt zur Entscheidung nicht vor; die Beklagte hat selbst nicht behauptet, daß sie auf eine vom Fiskus ihr eingeräumte Befugnis zur Eisentnahme sich stütze“.

Diese Ausführungen des Kammergerichts sind so klar und eindeutig, daß irgendeine Erklärung nicht notwendig ist. Die wichtigste Feststellung ist die, daß der Fiskus bei Einräumung der Fischereigerechtigkeit seine übrigen Rechte am Wasserlaufe nicht aufgegeben hat. Dieser Satz stimmt also mit dem oben (IV. A. 7 c) gefundenen Ergebnis überein.

9. Wir wollen nunmehr untersuchen, ob unser Ergebnis in der Gesetzgebung eine Bestätigung findet. Wir können uns dabei auf die Betrachtung desjenigen Gesetzes beschränken, das am Anfang jener oben (IV. A. 6) geschilderten Entwicklung steht, des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794. Dabei ist es für unsere Untersuchungen unerheblich, daß in einzelnen Teilen Preußens diese Bestimmungen nicht galten. Denn es kommt hier nur darauf an, ob die theoretischen Erwägungen, die unabhängig von den gesetzlichen Vorschriften der einzelnen Gebiete ihre Gültigkeit haben, mit der Auffassung dieses umfassenden Gesetzes übereinstimmen.

Die die Fischerei betreffenden Vorschriften sind in den §§ 170 bis 192 I 9; 531—532 I 21; 21—34 II 14; 38, 73 ff. II 15 ALR. enthalten (vergl. Dehms Diss. 1912 S. 72 ff.). Die §§ 531—532 I 21 behandeln die uns nicht interessierende Fischereipacht und die wilde Fischerei. Wir brauchen also auf diese Bestimmungen nicht einzugehen.

Nach § 38 II 15 ALR. gehören die Nutzungen solcher Ströme, die von Natur schiffbar sind, zu den Regalien des Staates und zwar gemäß § 24 i. V. m. § 21 II 14 ALR. zu den „niederen" Regalien. § 73 II 15 bestimmt sodann ausdrücklich: „Der Fischfang in öffentlichen Strömen gehört zu den Regalien". Unter den Vorschriften der §§ 24 ff. II 14, welche von den niederen Regalien handeln, interessieren uns nur § 29 und § 33.

Der § 29 II 14:

> Es darf aber der Privatbesitzer die Benutzung der vom Staate ihm übertragenen Rechte nicht weiter ausdehnen, als der Staat selbst dergleichen Regalien zur Zeit der Uebertragung benutzt hat.

bestätigt den Gedanken, von dem wir oben (IV. A. 7) ausgingen, daß der Umfang der Fischereirechte nach den zur Zeit der Uebertragung gültig gewesenen Rechtsanschauungen zu beurteilen ist (so auch Striethorst Arch. 6, 14). § 33 II 14 heißt:

> Sind die Grenzen des Rechts in der Verleihungsurkunde nicht deutlich bestimmt, so findet gegen deren Auslegung alles statt, was von Auslegung der Privilegien verordnet ist. (Einleitung § 54 bis § 58).

Die §§ 54—58 Einleitung zum ALR. lauten:

§ 54. Privilegien und verliehene Freiheiten müssen, in zweifelhaften haften Fällen, so erklärt werden, wie sie am wenigsten zum Nachteil des Dritten gereichen.

§ 55. Im übrigen sind die verliehenen Privilegien und Freiheiten so zu deuten, daß die wohltätige Absicht des Gebers nicht verfehlt oder vereitelt werde.

§ 56. Privilegien und Freiheiten, welche durch einen lästigen Vertrag erworben worden, sind nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurteilen.

§ 57. Außerdem sind alle dergleichen besondere Gesetze und Verordnungen so zu erklären, wie sie mit den Vorschriften des gemeinen Rechts, und dem Hauptendzwecke des Staates am nächsten übereinstimmen.

§ 58. Uebrigens ist auf den eigentlichen Inhalt des Privilegii in zweifelhaften Fällen mehr, als auf die darin angeführten Beweggründe der ersten Verleihung, Rücksicht zu nehmen.

Diesen Paragraphen kann man als Richtlinien für die Auslegung entnehmen daß zwar die wohltätige Absicht des Gebers nicht vergessen werden darf (§ 55), daß die Privilegien Dritten gegenüber jedoch eng auszulegen sind (§ 54) und nicht den Zwecken widersprechen, welche der Staat zu verfolgen hatte (§ 57). Letzteres dürfte eine Rechtfertigung für die oben (IV. A. 7 b) erwähnte Annahme sein, daß der Staat

aus wirtschaftlichen Gründen die übrigen Nutzungsrechte behalten und darum nur das Fischereirecht allein vergeben wollte. § 58 besagt, daß den in den Privilegien oft wiederkehrenden Worten, nach denen die Verleihung eine Belohnung für getreue Dienste sei, weniger Gewicht beigelegt und dafür auf den eigentlichen Inhalt des Privilegs Rücksicht genommen werden solle. Da in den Fischereiprivilegien über den Umfang der Fischereirechte im Verhältnisse zu den übrigen Nutzungen wohl ausnahmslos (vergl. oben IV. A. 7 a) nichts enthalten ist, kommt allerdings eine Auslegung des wörtlichen Inhalts der Urkunden nicht in Frage. Es bleibt nur die Möglichkeit, von dem Sinn der Erklärung auf den Inhalt der Fischereiprivilegien zu schließen (vergl. oben IV. A. 7 b).

Die §§ 170—192 I 9 ALR., die gemäß Art. 69 EG. BGB., Art. 89 preuß. Ausf. Ges. z. BGB. vom 20. Sept. 1899 bis zum Erlaß des FG. (§ 133 Abs. 2 Ziff. 2) Geltung hatten, (a. A. Kamptz-Delius 1. Bd. S. 297), sind überschrieben mit: „Von der Fischerei“. Die §§ 170 bis 175 handeln von dem „Gegenstand derselben“, also von der Frage, welche Tiere der Fischerei unterliegen, und von der Ausschließlichkeit, der Fischereirechte. Die Ausschließlichkeit für die nach § 170 eine Vermutung besteht, hat aber nicht etwa die Bedeutung, daß neben einem Fischereiberechtigten niemand den Wasserlauf nutzen darf, sondern nur, daß neben diesem kein anderer *fischen* darf (Ober-Tribunal 30, 185; Koch ALR. für die Preuß. Staaten, 8. Aufl. § 33 II 14 Anm. 23 H.). Die §§ 176—183 regeln teils die Rechtsverhältnisse an geschlossenen Gewässern und teils das Nachteilrecht der Fischereiberechtigten. Von den §§ 184—190 unter der Ueberschrift: „Polizeigesetz bei Ausübung der Fischerei“ beziehen sich nur die §§ 186, 188, 190 auf die öffentlichen Gewässer. § 186 verweist auf die im Interesse einer gesunden Fischereiwirtschaft von den Berechtigten bei der Ausübung der Fischerei zu befolgenden Polizeivorschriften. § 188 bestimmt: „Auf öffentlichen Gewässern soll niemand zum Nachteil der Fischereiberechtigten Enten halten“. Diese Vorschrift gibt also eine gewisse Beschränkung anderer Benutzer des Wasserlaufs zu Gunsten der Fischereiberechtigten. Ein allgemeines Vorrecht der Fischereigerechtigkeiten aus dieser einzelnen Vorschrift zu entnehmen, ist jedoch nicht möglich. Umgekehrt könnte man eher aus dieser Bestimmung, als einer Ausnahmevorschrift, den Schluß ziehen, daß andere Beschränkungen von Nutzungsrechten durch die Fischereirechte nicht zulässig sind.

Während die bisher behandelten Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, die uns interessierende Frage nach dem Umfang der Fischereirechte im Verhältnis zu den übrigen Nutzungsrechten unmittelbar nicht betrafen, sondern nur den Schluß zuließen, daß der Gesetzgeber sich in Uebereinstimmung mit unserem Ergebnis befunden hat, betrifft der nunmehr zu behandelnde § 191 ausdrücklich diese Frage. Unter der Ueberschrift „Schranken der Fischereigerechtigkeit“ heißt es:

§ 191. Wer bloß die Fischereigerechtigkeit hat, darf sich deswegen in dem Strome oder Gewässer andere Rechte des Grundeigentümers nicht anmaßen.

Dieser Satz gibt mit eindeutigen Worten den Gedanken wieder, von dem wir oben (IV. A. 7 b) ausgegangen sind. Da er an sich eine Selbstverständlichkeit ausdrückt, daß jemand, der ein Recht besitzt, nicht zwei oder mehrere Rechte beanspruchen kann, fragt es sich, warum das ALR. ihm dann Platz gab. Der Grund ist darin zu sehen, daß gemäß der Natur des Wassers die Ausübung eines Rechtes eine andauernde Berührung mit den übrigen an demselben Wasserlauf bestehenden Rechten mit sich bringt, die sich entweder in einer Störung der anderen oder in der Beschränkung durch die anderen Rechte äußert. Es bestünde daher die Möglichkeit, daß — was ebenfalls bereits oben (IV. A. 7 b) berücksichtigt worden ist — die Fischereirechte unter allen übrigen Nutzungsrechten eine Ausnahmestellung einnehmen könnten. Daß dies nicht der Fall ist, soll § 191 I 9 festlegen. Das Königliche Ober-Tribunal drückt dies in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1866 (Strieth. Arch. 64, 192) mit folgenden Worten aus:

„Man kann zwar nicht leugnen, daß auch ohne diese besonderen Vorschriften der bloß zur Fischereiberechtigte nicht als befugt anzusehen sein würde, sich andere Rechte des Grundeigentümers anzumaßen, weil dies aus den allgemeinen, die Freiheit des Eigentümers verbürgenden Rechtsgrundsätzen folgt. Es ist auch nicht in Abrede zu stellen, daß der Fischereiberechtigte, welchem der Eigentümer den Zugang zu dem dienenden Gewässer nicht versagen kann, sich leichter, als jeder Dritte, in der Lage befindet, auf dem Flusse und an dessen Ufern Rechte in Besitz zu nehmen, welche mit der Fischereigerechtigkeit nicht im Zusammenhang stehen“; (es folgen Ausführungen darüber, daß § 191 kein Verbot der Verjährung enthalte).

(Ebenso Koch ALR. § 191 Anm. 82).

Da die Fischereirechte nach dem ALR. dingliche Nutzungsrechte an fremdem Eigentum sind, kommen hier auch die allgemeinen Vorschriften in Frage, die das ALR. über Rechte auf fremdes Eigentum (§§ 12—21 I 19), über Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremdem Eigentum (§§ 8—10 I 21) und über Grundgerechtigkeiten (§§ 26—36 I 22) gibt (vergl. Dehms, Diss. S. 77). In diesen, ins einzelne gehenden Vorschriften tritt für jeden Fall der Grundsatz zutage, daß Einschränkungen und Belastungen des Eigentums niemals vermutet werden (§ 14 I 19), und daß alle diese Rechte, gleichgültig, ob sie durch Gesetz oder Vertrag entstanden sind, stets zu Gunsten der Freiheit des Eigentums ausgelegt werden müssen.

Wir können die Untersuchungen dieses Abschnittes dahin zusammenfassen, daß die die Fischerei betreffenden Vorschriften des ALR.,

insbesondere § 191 I 9, unser, auf Grund theoretischer Erwägungen gefundenes Ergebnis (IV. A. 7 c) bestätigen.

Auf das Fischereigesetz für den Preußischen Staat vom 30. Mai 1874 (GS. S. 197) bzw. das Gesetz vom 30. März 1880 (GS. S. 228) einzugehen, erübrigt sich, da in diesen Gesetzen die uns interessierende Frage des Verhältnisses der Fischereirechte zu den übrigen Nutzungsrechten nicht berührt wird.

10. Es bleibt noch zu erörtern, ob unser Ergebnis in wirtschaftlicher Hinsicht billig erscheint. Ohne näher auf biologische Fragen einzugehen, soll davon ausgegangen werden, daß das von dem Fischereirecht umfaßte Hegerecht (§ 4 FG.) durch die berechtigte Ausübung der übrigen Nutzungsrechte beeinträchtigt wird. Gerade die uns interessierenden Anlagen im Wasserlauf wären, wenn sie sich in unbeschränkter Anzahl längst des gesamten Ufers eines Wasserlaufes erstreckten, geeignet, die Laichmöglichkeiten der Fische ganz empfindlich einzuschränken. Daraus könnte sich also unter Umständen eine unbillige Schädigung der Fischerei ergeben, die aus volkswirtschaftlichen Gründen unerwünscht wäre.

a) Um derartigen Schädigungen vorzubeugen, hat jedoch der Gesetzgeber besondere polizeiliche Vorschriften vorgesehen. Nach § 110 FG. kann der Regierungspräsident Gewässerstrecken zu Laichschonbezirken erklären. In diesem muß gemäß § 112 FG. während der Laichzeit der zu schonenden Fischarten die Räumung, das Mähen von Schilf und Gras, die Entnahme von Pflanzen, Schlamm, Erde, Sand, Kies und Steinen, sowie jede andere der Fortpflanzung der Fische gefährliche Störung unterbleiben.

Nach § 106 Ziff. 8 FG. können durch Polizeiverordnungen Bestimmungen über die Art und Zeit der Werbung von Wasserpflanzen (Rohr, Schilf, Binsen usw.) getroffen werden. Die Fischereiordnung § 36 hat daraufhin bestimmt:

> Soweit die Frühjahrsschonzeit von Gewässern in die Monate Mai und Juni fällt, ist in ihnen die Werbung von Wasserpflanzen, einschließlich der Unterwasserpflanzen (Wasserpest, Laichkräuter u. a.), mit Ausnahme des an den Strand getriebenen Seegrases und Seetangs sowie die Entnahme von Schlamm, Erde, Kies und Stein nur mit Erlaubnis der Fischereiberechtigten zuläßig.

Es ist also vom Gesetzgeber Vorsorge getroffen worden, daß eine unbillige Beeinträchtigung der Fischerei durch die Ausübung der übrigen Nutzungsrechte nicht entsteht.

b) An dieser Stelle mag auch die durch das Wassergesetz neu geschaffene „Ausgleichung“ behandelt werden. Denn auch diese hat den Zweck Unbilligkeiten zu vermeiden.
§ 87 Abs. 1 Satz 1 WG. lautet:

Reicht das Wasser eines Wasserlaufs zur Benutzung in einer der im § 46 Abs. 1 bezeichneten Arten durch mehrere Berechtigte nicht aus oder wird bei mehreren Benutzungsarten die eine durch die andere beeinträchtigt oder ausgeschlossen, so kann jeder Berechtigte verlangen, daß Maß, Zeit und Art der Benutzung im Ausgleichungsverfahren geregelt werden.

Da das Gesetz von den im § 46 Abs. 1 bezeichneten Benutzungs-a r t e n, nicht -r e c h t e n spricht, kann an sich jeder B e r e c h t i g t e, gleich auf welche Weise, sein Recht entstanden ist, an dem Ausgleichungsverfahren beteiligt sein. Notwendig ist nur, daß der Inhalt der Benutzungsrechte den in § 46 Abs. 1 bezeichneten Benutzungsarten entspricht. (so: Holtz-Kr. § 87 Vorbem. Abs. 1 und Anm. 2; Delius § 104, 1 Abs. 2; Begründung zum WG. Sammlung Drucks. des AH. 21. Legisl. V. Sess. 1912/13 1. Bd. Drucks. 9. B., S. 122). Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so kann der Berechtigte sowohl selbst die Ausgleichung verlangen, als auch zu derselben herangezogen werden. In § 46 Abs. 1 WG. sind die Rechte aufgeführt, die durch die Verleihung erworben werden können:

1. Den Wasserlauf in einer der in § 40 Abs. 2 bezeichneten Arten zu benutzen;
2. Häfen und Stichkanäle anzulegen, letztere soweit sie nicht selbständige Wasserstraßen bilden;
3. Anlegestellen mit baulichen Vorrichtungen von größerer Bedeutung herzustellen;
4. Kommunale oder gemeinnützige Badeanstalten anzulegen.

§ 40 Abs. 2 nennt folgende Rechte:

1. Das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, namentlich auch es ober- oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar abzuleiten;
2. Wasser oder andere flüssige Stoffe oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar einzuleiten;
3. Den Wasserspiegel zu senken oder zu heben, namentlich durch Hemmung des Wasserlaufs eine dauernde Ansammlung von Wasser herbeizuführen.

Aus dieser Zusammenstellung ersieht man, daß sich die Ausgleichung nur auf die Benutzungsarten erstreckt, die für die Verleihung nach § 46 ff. WG. in Frage kommen, daß sie also als eine Ergänzung der Verleihung gedacht ist (vergl. Holtz-Kr. § 87 Vorbem. Abs. 1). Es ist ferner ersichtlich, daß die sowohl wirtschaftlich weniger wichtigen Nutzungen am Wasserlaufe, wie die Entnahme von Schlamm, Erde usw., die Schilf- und Rohrnutzung, als auch die Fischerei hier nicht enthalten sind. Nicht enthalten ist auch die Nutzung des Wasserlaufs durch Errichtung von Anlagen im Wasserlauf im Sinne von § 333 WG. Denn § 40 Abs. 2 Ziff. 1 WG. spricht von dem Recht,

„das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen". Das Gesetz vermeidet also ausdrücklich, von Wasserlauf zu reden, meint also nur die Verwendung der Substanz des Wassers, nicht auch den Gebrauch des Wasserlaufs als eines räumlich ausgedehnten Grundstückes (so Holtz-Kr. § 40, 5 und Zeitschr. f. Agrar- u. Wasserr. V. 250/1). § 46 Abs. 1 Ziff. 3 nennt ausdrücklich nur: „Anlegestellen mit baulichen Vorrichtungen von größerer Bedeutung". Die Ausgleichung erstreckt sich also nicht auf die Anlagen im Sinne von § 333 WG., bei denen es sich gerade um Anlagen handeln muß, bei denen „nicht nach § 46 die Vorschriften über die Verleihung anzuwenden sind".

Wegen der Fischereirechte, für die an sich dasselbe gilt, ist im § 104 FG. bestimmt, daß diese bei Konkurrenz mit Rechten nach § 46 Abs. 1 WG. zur Ausgleichung berechtigt und verpflichtet sind. Es entsteht daher für uns die Frage: warum hat der Gesetzgeber die Ausgleichung nicht auf die erwähnten Nutzungen, zu denen die Errichtung von Anlagen im Sinne von § 333 gehört, ausgedehnt, und warum hat er hiervon bei den Fischereirechten eine Ausnahme gemacht? Die Antwort ergibt sich aus dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Neuregelung des Wasserrechtes verfolgte: Die höchstmögliche Ausnutzung des in den Wasserläufen liegenden Volksvermögens. Hierüber waren sich alle Parteien einig (Sten. B. A. H. Sp. 8083—8130). Dieser volkswirtschaftliche Gesichtspunkt ließ es vorteilhaft erscheinen, die einzelnen Benutzungsrechte nicht schon durch Gesetz zu verleihen, sondern für die Verleihung ein Verfahren vorzusehen, bei dem den Umständen des einzelnen Falles am besten Rechnung getragen werden könnte. Unter demselben Gesichtspunkt wurde, ebenso wie das Verleihungsverfahren im Anschluß an dieses das Ausgleichungsverfahren durch das WG. neu geschaffen. Dabei berücksichtigte man aus praktischen Gründen nur die volkswirtschaftlich bedeutenderen Benutzungsarten. Der Entwurf (§ 46) beschränkte die Verleihung auf die im § 40 Abs. 2 bezeichneten Benutzungsarten. Von der Kommission des Landtags wurde sie jedoch auf die in § 46 Abs. 1 Ziff. 2—4 genannten Benutzungsarten ausgedehnt (Samml. d. Drucks. des A. H. 21. Legislatur-P. V. Session 1912/13 Drucks. Nr. 611 C. S. 4742; Komm.-Ber. H. H. S. 775; Holtz-Kr. § 46, 2). Im übrigen beließ man es bei der Möglichkeit, daß der Eigentümer die übrigen Rechte mit den ihm gezogenen Beschränkungen der §§ 40, 41 WG. durch privatrechtliches Rechtsgeschäft auf Dritte übertragen kann und gab für einige wichtigere Fälle die Zwangsrechte der §§ 331 ff. WG (Holtz-Kr. § 46 Vorbem. Abs. 1—3). Für die Zwangsrechte ist das Ausgleichungsverfahren in § 340 WG. nicht für anwendbar erklärt, obwohl das Verfahren zur Erwerbung der Zwangsrechte in vielen Punkten dem Verleihungsverfahren nach § 46 ff. WG. nachgebildet ist. Holtz-Kr. (§ 340, 10 Abs. 1) irrt, wenn er den Unterschied in den beiden Verfahren damit erklärt, „daß im Verleihungsverfahren Rechte gegen jedermann, im Zwangsverfahren nur Rechte gegenüber bestimmten

Einzelpersonen begründet werden." Es liegt hier eine Verwechslung vor zwischen dem nur gegen den Eigentümer gerichteten Recht nach § 333 WG. und dem nach § 340 entstandenen Recht. Wie oben unter III A. dargelegt, richtet sich letzteres genau so wie ein nach den §§ 46 ff. verliehenes, gegen jedermann. Denn § 340 Abs. 5 erklärt ausdrücklich den § 81 WG. und damit § 1004 BGB. für anwendbar. Der Unterschied zwischen den Verfahren nach §§ 46 ff. und § 340 ist vielmehr darin begründet, daß ein Recht nach § 340 nur im Rahmen des dem Eigentümer zustehenden Rechts, also mit den Beschränkungen der §§ 40, 41 WG. entsteht (vergl. oben III. A.). So sagt auch die Begründung zum WG. (Samml. der Drucks. des A. H. 21. Legisl. V. Sess. 1912/13 1. Bd. Drucks. 9 B. S. 783 zu § 316, 2): „Im übrigen erklärt § 316 (jetzt § 340) im Abs. 3 auf das Verfahren zur Begründung von Zwangsrechten die Vorschriften über das Verleihungsverfahren für anwendbar, soweit sich deren Anwendung nicht ohne weiteres um deswillen verbietet, weil — wie bereits zum § 308 erwähnt — das Verleihungs*verfahren* sich gegen jedermann, das *Verfahren* des § 316 (jetzt § 340 WG.) aber immer nur gegen bestimmte einzelne Personen richtet, nämlich die Eigentümer des Wasserlaufs, der Grundstücke und der Anlagen, denen gegenüber das beantragte Recht begründet werden soll". Wenn in der Begründung zu § 308 (a. a. O.) in demselben Zusammenhang gesagt ist: „Durch die Verleihung wird aber ein Recht gegen Jedermann begründet und es ist deshalb durch die Ausgestaltung des Verleihungsverfahrens Vorsorge getroffen, daß jeder, der von der Ausübung des zu verleihenden Rechts einen Nachteil befürchtet, seine Rechte geltend machen, insbesondere Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen kann (§§ 51, 53, 61—65)", so bedeutet dies zwar an sich eine kleine Ungenauigkeit. Denn § 81 galt auch schon nach dem Entwurf (§§ 76, 316 a. a. O.) für die Zwangsrechte. Aus dem ganzen Zusammenhang kann man aber sehen, daß gemeint war: Durch die Verleihung entstehen Rechte, durch die in die Rechte eines jeden eingegriffen werden kann; bei der Entstehung der Zwangsrechte findet nur eine Beschränkung des Eigentümers statt, da der nach §§ 333, 340 Berechtigte die Rechte Dritter nicht in höherem Maße berühren kann, als der Eigentümer vorher zu tun berechtigt war.

Wenn man also überhaupt einen Schluß aus dem Verhältnis der Rechte im Sinne von § 333 einerseits und der Fischereirechte andererseits zu der Einrichtung der Ausgleichung ziehen will, so kann man nur annehmen, daß der Gesetzgeber eine Beeinträchtigung des Fischereirechts durch das durch die §§ 40, 41 WG. beschränkte Recht zur Errichtung einer Anlage im Sinne von § 330 WG. nicht für möglich gehalten hat, und daß es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, daß der Fischereiberechtigte die Beeinträchtigungen durch Nutzungen die sich im Rahmen der §§ 40, 41 halten, sowohl vom Eigentümer als auch von einem berechtigten Dritten gefallen lassen muß.

11. Wir sind oben (IV. A. 2) davon ausgegangen, daß der Anlieger, der nach den §§ 333, 340 WG. ein Zwangsrecht auf eine Nutzung des Wasserlaufs erworben hat, dann den Fischereiberechtigten gegenüber berechtigt ist, wenn der Eigentümer dieselbe Berechtigung vorher tatsächlich noch besaß. Nachdem wir dies bejahen mußten (IV. A. 4—10), ist also auch der Anlieger „berechtigt", und die Fischereiberechtigten können Ansprüche auf Beseitigung der Anlagen oder auf Schadensersatz wegen etwaiger Beeinträchtigung nicht geltend machen.

B. Wenn ein Wasseranlieger ein Recht zur Errichtung einer Anlage im Wasserlauf nicht auf Grund des Verfahrens nach § 340 WG., sondern durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Eigentümer erwirbt, so ist seine Rechtsstellung gegenüber den Fischereiberechtigten die gleiche, wie sie in dem vorhergehenden Abschnitt (IV. A.) dargestellt ist. Denn der Eigentümer kann nicht mehr übertragen, als ihm zusteht.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Vertragsparteien nicht an die Bedingungen des § 333 WG. gebunden sind. Es kann also auch ein anderer als der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte eines Ufergrundstückes und auch für andere Zwecke als nur (vergl. aber § 333 Abs. 1 Satz 2) für die der eigenen Haushaltung oder Wirtschaft ein Nutzungsrecht erwerben. Ein solches Bedürfnis ist zum Beispiel gegeben, wenn ein Sportsmann im Wasserlauf einen Haltepfahl oder eine Boje zur allgemeinen Benutzung für Sportfahrzeuge errichten will, ohne diese Anlage selbst benutzen zu wollen und ohne selbst Eigentümer oder Nutzungsberechtigter eines Ufergrundstückes zu sein. Bei der Beratung des Gesetzes wurde in der Kommission des Abgeordnetenhauses der Antrag gestellt, das Recht aus § 333 nicht auf den Eigentümer und Nutzungsberechtigten eines Ufergrundstückes zu beschränken, sondern auf jedermann auszudehnen. Da die Regierungsvertreter gegen diese Erweiterung Bedenken erhoben, kam es zu der jetzigen Fassung, die insoweit in den Sitzungen des A. H. und des H. H. unverändert blieb (vergl. Drucks. 611 A. K. B. A. H. S. 405 ff.; Drucks. 802—807, S. 8247; 885—873, S. 8603; 209 A. Komm.-Bericht H. H. § 309 a). Voraussetzung bleibt natürlich in jedem Fall, daß die übertragene Nutzung dem Eigentümer tatsächlich zustand, daß sie sich also in den Schranken der §§ 40, 41 hält.

Wie oben (III. B.) ausgeführt ist, kommt hier außer der Bestellung einer Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff. BGB.), einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB.) und der Vereinbarung eines Miet- oder Pachtverhältnisses (§§ 535, 581 BGB.) auch die ausdrückliche oder stillschweigende Erteilung einer widerruflichen Erlaubnis in Frage. Durch jedes dieser Rechtsgeschäfte wird der Benutzung die Widerrechtlichkeit genommen (Zitelmann, Arch. f. zivil. Prax. 99 S. 55—56), sodaß für ein Vorgehen der Fischereiberechtigten nach § 823 BGB. oder § 1004 BGB. kein Platz ist.

C. Steht dem Besitzer einer fraglichen Anlage im Wasserlauf ein Recht nach den §§ 46 ff. WG. zur Seite, so ist die Rechtslage insofern eine einfache, als das Recht originär durch die Verleihung in dem durch den Beschluß nach den §§ 72, 73 WG. festgesetzten Umfang ohne irgendwelche Einschränkungen erworben wird (§ 46 Abs. 1 WG.). Solange der Berechtigte sich bei der Ausübung innerhalb dieser Grenzen hält, ist kein Raum für Ansprüche nach § 823 BGB. oder § 18 FG. Die Fischereiberechtigten haben lediglich die Möglichkeit, Ausgleichung nach § 87 WG., § 104 FG. (vergl. IV. A. 10 b) zu verlangen oder Ansprüche auf Grund des § 82 WG. geltend zu machen. Nach § 82 Abs. 1 können die Fischereiberechtigten die Anbringung von Schutzvorrichtungen nach den §§ 50—55 und unter Umständen auch Entschädigung verlangen, falls sich nach der Verleihung herausstellt, daß die Ausübung des verliehenen Rechts andere und größere Schäden verursacht, als man im Verleihungsverfahren angenommen hat. Die Ansprüche sind ausgeschlossen, wenn der Berechtigte beweist, daß die Geschädigten schon vor Ablauf der im Verleihungsverfahren § 66 Abs. 1 WG. bestimmten Frist die nachteilige Wirkung vorausgesehen haben oder hätten voraussehen müssen und wenn sie bis zu der Frist der Verleihung weder widersprochen noch ihre Ansprüche geltend gemacht haben (vergl. im übrigen Holtz-Kr. zu § 82).

D. Soweit die Fischereiberechtigten durch Anlagen im Wasserlauf gestört werden, deren Besitzer sich auf nach §§ 379 ff. WG. aufrechterhaltene Rechte (III. D.) berufen können, stehen ihnen weder Ansprüche aus dem BGB. noch nach dem WG. und FG. zur Verfügung. Bezgl. der auf das BGB. bezw. das FG. geschützten Ansprüche fehlt, wie bei den nach §§ 46 ff. WG. verliehenen Rechten, die Widerrechtlichkeit und § 82 ist in den §§ 379 ff. WG. für diese Rechte nicht für anwendbar erklärt.

E. Als Ergebnis obiger Untersuchungen müssen wir also feststellen:

Hat ein Wasseranlieger ein Recht zur Errichtung einer Anlage im Wasserlauf auf Grund der §§ 333, 340 WG. (III. A.), durch Rechtsgeschäfte mit dem Wasserlaufeigentümer (III. B.) oder nach den §§ 46 ff. WG. erworben oder steht ihm ein altes tituliertes Recht zu (III. D.), so können die Fischereiberechtigten gegen ihn **nicht** auf Unterlassung oder Schadensersatz klagen. Eine derartige Klage ist aber berechtigt, wenn sich der Anlieger nur auf sein Recht zum Gemeingebrauch (III. F.) beruft.

Verzeichnis der verwendeten Literatur.

Baumert, Leitfaden des Preußischen Wasserrechts, Halle 1914.

Bestehorn, Die geschichtliche Entwicklung des märkischen Fischereiwesens, Diss. Marburg 1913.

Bielitz, Praktischer Kommentar zum ALR.

Bieda, Die Fischereidelikte nach Reichsstrafrecht, Diss. Breslau 1927.

Bitter, von, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, Berlin 1928.

Bleyer, Das bayerische Fischereirecht, München 1925.

Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz vom 15. Aug. 1908, München 1925.

Born, Das Preußische Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, Berlin 1928.

Born, Das Preußische Wasserrecht, Berlin 1926.

Brauchitsch, von, Verwaltungsgesetze für Preußen, Berlin 1929.

Buchenberger, Fischereirecht und Fischereipflege im Großherzogtum Baden, Karlsruhe 1903.

Dehms, Wassergrundstück und Fischereirecht im öffentlichen Fluß nach preußischem Recht, Inaug. Diss. Breslau 1912.

Delius, Das Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, Berlin 1916.

Delius, Das Preußische Fischereigesetz, Kommentar, Berlin 1929.

Doehl, Die Fischereigesetzgebung des preußischen Staates, Berlin 1878.

Eckstein, Die Fischereiverhältnisse der Provinz Brandenburg, 1908.

Eckstein, Ueber die Rechtsfähigkeit von Fischereivereinigungen in „Mitteilungen der Fischereivereine“ 1931, S. 108.

Endemann, Das ländliche Wasserrecht, Kassel 1862.

Entwurf eines Preußischen Wassergesetzes samt Begründung, Amtliche Ausgabe, Berlin 1894.

Ernst, Die Fischerei im Bayerischen Wassergesetz vom 23. März 1907, Diss. Erlangen 1928.

Fischer, H. A., Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928.

Friedrichs, Verkehrsunfähige Sachen im heutigen Rechte, in Gruchots Beiträgen 64, 681.
Friedrichs, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 442, Berlin 1927.
Frank, Gesetze betreffend Wasserrecht und Wasserpolizei im Preußischen Staate, Breslau 1888.
Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Auflage, Berlin 1932.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905.
Glaß, Die wasserrechtliche Gesetzgebung, Altenburg 1856.
Goldschmidt, Die Eintragungsfähigkeit der Gemeingebrauchsrechte, Diss. Breslau 1914.
Goßler, von, Die Benutzung der Wasserläufe nach dem Preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913, Diss. Breslau 1924.
Görcke, Das Preußische Fischereigesetz vom 30. 5. 1874/30. 3. 1880, Leipzig 1900.
Görcke, Das Preußische Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, Berlin 1918.
Graubner, Das Recht der Benutzung eines Wasserlaufs nach dem preußischen Wassergesetze vom 7. April 1913, Diss. Bonn 1915.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1923.
Havenstein, Das Fischereirecht der Mark Brandenburg, Berlin 1903.
Herrmann, Kommentar zum preußischen Fischereigesetz, Berlin 1916.
Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Leipzig 1885.
Hippel, von, Das Preußische Wassergesetz, Berlin 1913.
Höfer, Die Bestimmungen des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 über den Gemeingebrauch an Wasserläufen, Diss. Göttingen 1917.
Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, Berlin 1927.
Hornstein, Die rechtliche Natur der Wasserbenutzung, Inaug. Diss. Erlangen 1910.
Jacobi, Von den Anlagen im Wasserlauf in Festschrift zum 70. Geburtstag von Karl Eckstein.
Kaiser, Gemeingebrauch am Wasser nach dem preußischen Wassergesetz vom 7. 4. 1913, Diss. Gießen 1923.
Kamptz, von, und Dr. Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts.
Keydel, Das Anliegerrecht, Diss. Göttingen 1926.
Kloeß, Das Deutsche Wasserrecht, Halle 1908.
Kloeß, Kommentar zum Wassergesetz vom 7. 4. 1913, Berlin 1913.
Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Berlin 1884.
Kollmeyer, Der Gemeingebrauch nach dem Preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913, Diss. Greifswald 1920.
Kotze, Die Fischereigesetzgebung, 1900.
Landé-Herms, Das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten mit Anmerkungen, Berlin 1902.

Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 6. Aufl. München 1911.
Lenhard-Reichau, Preußisches Wassergesetz, Berlin 1918.
Lisco, Zur Lehre von den Sachen im Gemeingebrauch, Diss. Göttingen 1914.
Malsen-Waldkirch, Frh. v., und Hofer, Das Bayerische Fischereirecht, München 1910.
Marsbach, Ueber Eigentum und Gemeingebrauch nach preußischem Recht, Diss. Greifswald 1914.
Materialien zum Wassergesetz vgl. Holtz-Kreutz, I. Bd. S. XI.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Leipzig 1924.
Mazza, Deu diritti sulle aque, 1913.
Müller, Hans, Die Koppelfischerei und die Beseitigung der durch sie erzeugten Mißstände in der Provinz Hannover und dem Reg.-Bez. Cassel, Marburg a. L. 1910.
Müller, Horst, Wesen und Inhalt des Fischereirechts nach preußischem Recht, Diss. Halle 1926.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit in Festschrift für Binding, IV. Bd., Leipzig 1911.
Nieberding-Frank, Wasserrecht und Wasserpolizei im Preußischen Staate, Breslau 1889.
Nordeck zur Rabenau, Ludwig, Frh. von, Das Recht der Fähren, Diss. Leipzig 1910.
Platz, Das Fischereirecht nach dem preußischen Fischereigesetz vom 11. Mai 1916, Diss. Greifswald 1928.
Reiners, Der privatrechtliche Schutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Straßen, Diss. Marburg 1925.
Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen nach heutigem gemeinen Recht und nach Partikularrecht, Inaug. Diss. Rostock 1899.
Schenk, Zur Wasserrechtsfrage, Wiesbaden 1860.
Scheele, Das Preußische Wasserrecht, Lippstadt 1860.
Schey, von, Die Obligationsverhältnisse des österreich. Privatrechts.
Schilgen, von, Das Gesetz betreffend die Fischerei der Ufereigentümer und die Koppelfischerei in der Provinz Hannover vom 26. Juni 1897, Hamm i. W. 1897.
Schilgen, von, Das Gesetz betreffend die Fischerei der Ufereigentümer in den Privatflüssen der Rheinprovinz vom 25. Juni 1895. Hamm i. W. 1905.
Schindler, Das Fischereirecht am Neckar, Diss. Heidelberg 1927.
Schlegelberger, Die Aufrechterhaltung älterer Benutzungsrechte nach dem preußischen Wassergesetze, in Gruch. Arch. 63, 529 ff.
Schott, Sammlungen zu den Deutschen Land- und Stadtrechten, Leipzig 1772.

Schütt, Die Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung der Binnenfischerei in Schleswig-Holstein, Diss. Kiel 1927.

Simeon-David, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1923.

Staudinger, von, Die Landesfischereiordnung für das Königreich Bayern vom 4. Okt. 1884, München 1894.

Stauff, Der Gemeingebrauch an fließenden Gewässern nach dem neuen preußischen Wassergesetz, Diss. Greifswald 1916.

Strauch, De regali vectigalium iure, Halle 1736.

Toussaint, Entwurf eines Wassergesetzes, Berlin 1876.

Tuhr, von, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, München 1918.

Vossen, Der Gemeingebrauch am Wasser, in Sammlung wasserwirtschaftlicher Schriften Bd. 2, Halle a. S. 1911.

Ziese, Das preußische Fischereigesetz vom 11. Mai 1916.

Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit in Arch. f. d. zivil. Praxis 99, S. 50 ff.

Ferner die bekannten Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen:

Mitteilungen der Fischereivereine.

Entscheidungen des preußischen Obertribunals.

Preußisches Verwaltungsblatt.

Schiemenz, Zeitschrift für Fischerei.

Schultz, Jahrbuch der Entscheidungen.

Seufferts Archiv.

Striethorst Archiv.

Wasserkraft und Wasserwirtschaft.

Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht.

Lebenslauf.

Ich bin am 17. Januar 1904 in Berlin geboren als Sohn des damaligen Gerichtsassessors, jetzigen Amtsrichters i. R. Hans Aretin Eggert und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Persius. Ich ging in die Vorschule in Wittstock a. Dosse und in Meran, Südtirol. In Meran besuchte ich auch, mit Unterbrechung der Kriegsjahre, während derer ich in Partenkirchen, Bayern, in verschiedenen Privatschulen Unterricht hatte, das humanistische Benediktiner-Gymnasium bis Herbst 1922. Ostern 1923 bestand ich sodann die Reifeprüfung an dem humanistischen Gymnasium Rosenheim, Bayern.

Im Sommer-Semester 1923 studierte ich in Heidelberg, im Winter-Semester 1923/24 und im Sommer-Semester 1924 in München die Rechte. Durch die Inflationsverhältnisse wurde ich gezwungen, kaufmännisch tätig zu werden. Zuerst war ich in Bad Aibling, Bayern, bei der Bayerischen Vereinsbank, sodann in Berlin bei der Direction der Disconto-Gesellschaft als Bankbeamter tätig. Im April 1927 nahm ich das Studium an der Universität Berlin wieder auf und bestand am 28. November 1929 die Referendarprüfung am Kammergericht in Berlin. Am 20. Juni 1933 bestand ich die Assessor-Prüfung und am 22. Juni 1933 die Ergänzungsprüfung.

Wolfgang Aretin Eggert.